

VU Research Portal

Hoe verder met collegiaal bestuur in Nederland, Introductie

van Veen, W.J.M.

published in

Hoe verder met collegiaal bestuur in Nederland. Bestuurstaak, bestuursverantwoordelijkheid en bestuurdersaansprakelijkheid volgens het nieuwe artikel 2:9 BW

2011

[Link to publication in VU Research Portal](#)

citation for published version (APA)

van Veen, W. J. M. (2011). Hoe verder met collegiaal bestuur in Nederland, Introductie. In J. B. Huizink, T. J. van der Ploeg, G. T. M. J. Raaijmakers, W. J. M. van Veen, & A. F. Verdam (Eds.), *Hoe verder met collegiaal bestuur in Nederland. Bestuurstaak, bestuursverantwoordelijkheid en bestuurdersaansprakelijkheid volgens het nieuwe artikel 2:9 BW* (pp. 1-3). (ZIFO-reeks; No. 1). Kluwer.

General rights

Copyright and moral rights for the publications made accessible in the public portal are retained by the authors and/or other copyright owners and it is a condition of accessing publications that users recognise and abide by the legal requirements associated with these rights.

- Users may download and print one copy of any publication from the public portal for the purpose of private study or research.
- You may not further distribute the material or use it for any profit-making activity or commercial gain
- You may freely distribute the URL identifying the publication in the public portal ?

Take down policy

If you believe that this document breaches copyright please contact us providing details, and we will remove access to the work immediately and investigate your claim.

E-mail address:

vuresearchportal.ub@vu.nl

Hoe verder met collegiaal bestuur in Nederland?

Hoe verder met collegiaal bestuur in Nederland?

*Bestuurspraak, bestuursverantwoordelijkheid en
bestuurdersaansprakelijkheid volgens het nieuwe
artikel 2:9 BW*

Onder redactie van:

prof. mr. J.B. Huizink

prof. mr. T.J. van der Ploeg

prof. mr. G.T.M.J. Raaijmakers

prof. mr. W.J.M. van Veen

prof. mr. A.F. Verdam

Ontwerp omslag: H2R

ISBN 978 90 13 08794 9
NUR 827 – 715

© 2011, Kluwer

Alle rechten voorbehouden. Niets uit deze uitgave mag zonder voorafgaande schriftelijke toestemming van de uitgever worden verveelvoudigd of openbaar gemaakt.

Voor zover het maken van kopieën uit deze uitgave is toegestaan op grond van artikel 16h t/m 16m Auteurswet 1912 jo. het Besluit van 27 november 2002, Stb. 575, dient men de daarvoor verschuldigde wettelijke vergoeding te voldoen aan de Stichting Reprorecht Postbus 3051, 2130 KB Hoofddorp.

Hoewel aan de totstandkoming van deze uitgave de uiterste zorg is besteed, aanvaarden de auteur(s), redacteur(en) en uitgever(s) geen aansprakelijkheid voor eventuele fouten en onvolkomenheden, noch voor gevolgen hiervan.

Kluwer BV legt de gegevens van abonnees vast voor de uitvoering van de (abonnements)overeenkomst. De gegevens kunnen door Kluwer, of zorgvuldig geselecteerde derden, worden gebruikt om u te informeren over relevante producten en diensten. Indien u hier bezwaar tegen heeft, kunt u contact met ons opnemen.

Op alle uitgaven van Kluwer zijn de algemene leveringsvoorwaarden van toepassing. Deze kunt u lezen op www.kluwer.nl.

Inhoudsopgave

Introductie <i>prof. mr. W.J.M. van Veen</i>	1
Artikel 2:9 BW, enkele observaties <i>prof. mr. J.B. Huizink</i>	5
Enkele gedachten over bestuurdersaansprakelijkheid <i>mr. J.M. de Jongh</i>	17
Collectieve en individuele bestuursverantwoordelijkheid <i>prof. mr. A.F. Verdam</i>	23
Bijlage 1: Stellingen <i>prof. mr. J.B. Huizink</i>	37
Bijlage 2: Stellingen <i>prof. mr. G.T.M.J. Raaijmakers</i>	39
Bijlage 3: Wetteksten en parlementaire geschiedenis (selectie)	41

Introductie

prof. mr. W.J.M. van Veen

Onder de bovenvermelde titel vond op 25 november 2010 de eerste debاتمiddag plaats van het Zuidas Instituut voor Financieel recht en Ondernemingsrecht, het ZIFO. De in deze uitgave opgenomen beschouwingen vormen de neerslag van de debatten die op die middag op de VU hebben plaatsgevonden naar aanleiding van inleidingen van – in volgorde van optreden - prof. mr. J.B. Huizink, hoogleraar aan de Vrije Universiteit te Amsterdam en mr. J.M. de Jongh, gerechtsauditeur bij de Hoge Raad der Nederlanden alsmede prof. mr. A.F. Verdam en prof. mr. G.T.M.J. Raaijmakers, beiden hoogleraar aan de Vrije Universiteit te Amsterdam.

De eerste twee sprekers besteedden hierbij vooral aandacht aan aspecten van bestuurdersaansprakelijkheid, de twee laatste sprekers met name aan daarmee samenhangende vraagstukken rondom bestuursverantwoordelijkheid.

De aanleiding voor de behandeling van het onderwerp van bestuurders aansprakelijkheid en bestuursverantwoordelijkheid is de wijziging van art. 2:9 BW, zoals wordt voorgesteld in het wetvoorstel bestuur en toezicht.¹ De wijziging in formuleringen in art. 2:9 BW en het nieuwe art. 2:129a/239a lid 3 BW stellen significante veranderingen in het vooruitzicht met betrekking tot de verantwoordelijkheid en aansprakelijkheid van bestuurders en commissarissen.

De tekst van art. 2:9 BW zal, indien de voorgestelde regeling ongewijzigd wordt ingevoerd, luiden als volgt:

1. *Elke bestuurder is tegenover de rechtspersoon gehouden tot een behoorlijke vervulling van zijn taak. Tot de taak van de bestuurder behoren alle bestuurstaken die niet bij of krachtens de wet of de statuten aan een of meer andere bestuurders zijn toebedeeld.*
2. *Elke bestuurder draagt verantwoordelijkheid voor de algemene gang van zaken. Hij is voor het geheel aansprakelijk terzake van onbehoorlijk bestuur, tenzij hem mede gelet op de aan anderen toebedeelde taken geen ernstig verwijt kan worden gemaakt en hij niet nalatig is geweest in het treffen van maatregelen om de gevolgen van onbehoorlijk bestuur af te wenden.*

¹ Kamerstukken I, 31 763, A.

Een van de wijzigingen die het wetsvoorstel in het vooruitzicht stelt, betreft dat voor disculpatie van een bestuurder niet langer is vereist dat de desbetreffende bestuurder geen (enkel) verwijt kan worden gemaakt zoals thans vereist in art. 2:9 BW. Voldoende zal zijn dat hem geen *ernstig verwijt* kan worden gemaakt. Een interessante vraag is of, en zo ja, welke implicaties dit heeft voor de bewijslast van de rechtspersoon en voor de mogelijkheid van disculpatie. Is het bewijzen van ernstige verwijtbaarheid niet langer nodig om tot aansprakelijkheid te komen, maar wordt het gemakkelijker voor individuele bestuurders om zich te disculperen? Luidt het nieuwe art. 2:9 BW *de facto* het einde in van de hoofdelijke aansprakelijkheid van bestuurders zoals wij die thans kennen, doordat individuele bestuurders straks niet niet meer aannemelijk behoeven te maken dat hen geen enkel verwijt (overmacht) kan worden gemaakt?

Deze vragen worden behandeld in de beschouwingen van Huizink en De Jongh. Zij gaan in dit verband onder meer in op de relatie tussen de begrippen onbehoorlijke taakvervulling en de maatstaf van ernstige verwijtbaarheid als opmaat naar aansprakelijkheid. Daarnaast wijden zij interessante beschouwingen aan fundamentele vraagstukken omtrent bestuurdersaansprakelijkheid zoals de wenselijkheid tot beperking van de grondslagen van aansprakelijkheid tot opzet en bewuste roekeloosheid, het loskoppelen van collectieve verantwoordelijkheid en hoofdelijke aansprakelijkheid en de convergentie van aansprakelijkheidsnormen. Op deze punten geven de beschouwingen blijk van een scherpzinnig debat tussen Huizink en De Jongh.

Een ander in het oog springend verschil tussen het huidige art. 2:9 BW en de nieuw voorgestelde tekst daarvan, is dat in de eerste volzin van art. 2:9 BW lid 2 (nieuw) is bepaald dat elke bestuurder verantwoordelijk is voor de algemene gang van zaken. Huizink wijst er op dat onduidelijk is wat onder ‘de algemene gang van zaken’ moet worden verstaan en de rechtsonzekerheid die dientengevolge uit deze regeling zal voortvloeien. Hij stelt bovendien de principiële kwestie aan de orde dat in het privaatrecht de wet niet pleegt te spreken van verantwoordelijkheden maar van rechten, bevoegdheden en verplichtingen. Hieruit vloeien weliswaar verantwoordelijkheden voort, maar de wet benoemt deze als zodanig niet. De eerste volzin van het tweede lid kan daarom maar beter vervallen.

Nieuw is ook dat in de tweede volzin van lid 2 is opgenomen dat elke bestuurder voor het geheel aansprakelijk is terzake van onbehoorlijk bestuur. Blijkens de memorie van toelichting wordt hiermee tot uitdrukking gebracht dat een statutaire (of andere taakverdeling) geen enkel gevolg heeft voor de collectieve verantwoordelijkheid van het bestuur. Hetzelfde geldt indien op grond van art. 2:129a/239a lid 3 BW (nieuw) de bevoegdheid tot het nemen van bepaalde bestuursbesluiten wordt toegekend aan een of meer bestuurders met uitsluiting van het bestuur als collectief.

Verdam vestigt er de aandacht op dat deze regeling tot absurde situaties kan leiden. Een bestuurder kan verantwoordelijk wordt gehouden voor een bestuursbesluit terzake waarvan hij niet bevoegd was om aan het totstandkomen daarvan deel te nemen. Op basis van de totstandkomingsgeschiedenis van het huidige art. 2:9 BW, de oorspronkelijke opvattingen over het begrip collegiaal bestuur en in aansluiting

op de gang van zaken in de praktijk bepleit hij een andere benadering van de verhouding tussen de collectieve verantwoordelijkheid van het bestuur enerzijds en de individuele verantwoordelijkheid van een bestuurder als lid van dat collectief anderzijds. Waar geen individuele verantwoordelijkheid bestaat, behoort ook geen aansprakelijkheid te worden aangenomen. Als ik het goed zie komt Verdam in deze gevallen daarom, anders dan Huizink, niet of althans veel minder snel toe aan een potentiële aansprakelijkheid met de daaraan gekoppelde mogelijkheid van disculpatie. Van belang is wel dat het bestuur als collectief een zekere toezichttaak heeft met betrekking tot de aan de individuele bestuurder gedelegeerde bevoegdheden.

Een centraal thema in de beschouwing van Verdam is het antwoord op de vraag of uit de collectieve verantwoordelijkheid van het bestuur steeds in dezelfde mate individuele verantwoordelijkheid van alle bestuursleden dient voort te vloeien. Hij bepleit dat tot de individuele verantwoordelijkheid kunnen worden gerekend de taken die aan de desbetreffende bestuurder zijn toebedeeld. Voor andere zaken is hij slechts individueel verantwoordelijk in deze op de bestuurstafel zijn geweest of er – vanuit oogpunt van toezicht, overleg, coördinatie, importantie of anderszins – redelijkerwijs op had moeten komen. Verdam wijdt in dit verband belangwekkende beschouwingen aan onder meer het bepalen van aangelegenheden die zich niet lenen voor delegatie en de inhoud van het collegialiteitsbeginsel.

Het uitgangspunt in de voorgestelde regeling dat een collectieve verantwoordelijkheid één op één kan worden doorgezet naar individuele verantwoordelijkheid, gaat dan ook zijns inziens veel te ver.

De in deze uitgave gebundelde beschouwingen bevatten derhalve interessante en vanuit zowel wetenschappelijk als praktisch oogpunt belangwekkende analyses over fundamentele vraagstukken rondom bestuurstaak, -verantwoordelijkheid en bestuurdersaansprakelijkheid, zowel naar huidig recht als met betrekking tot het voorgestelde art. 2:9 BW. Uit de beschouwingen kan worden afgeleid dat er goede redenen zijn om de voorgestelde regeling te herzien. Hoewel het wetgevingstraject zich al in een vergevorderd stadium bevindt, zijn hiervoor nog wel mogelijkheden. Het woord is aan de wetgever.

Artikel 2:9 BW, enkele observaties

prof. mr. J.B. Huizink

1. Het huidige art. 2:9 BW

Het huidige art. 2:9 BW lijkt mij als volgt te moeten worden uitgelegd. In geval van een éénhoofdig bestuur is een bestuurder aansprakelijk indien er i) sprake is van onbehoorlijk bestuur en ii) aan de bestuurder een ernstig verwijt kan worden gemaakt. Daarbij ziet onbehoorlijk bestuur op het tekortschieten in de bestuurszaak en ernstige verwijtbaarheid op de toerekenbaarheid, vgl. art. 6:74 BW. Alles door de rechtspersoon te stellen en zonodig te bewijzen. Of van ernstige verwijtbaarheid sprake is dient te worden beoordeeld aan de hand van alle omstandigheden van het geval. Aldus de Hoge Raad in het arrest Staleman/Van de Ven.¹ Het arrest had echter betrekking op een vennootschap met twee bestuurders. En als er meer bestuurders zijn wordt art. 2:9 BW een stuk lastiger.

Ook als er meer bestuurders zijn zou ik menen dat voor het intreden van bestuurdersaansprakelijkheid dezelfde eisen gelden. Er moet dus opnieuw sprake zijn van onbehoorlijk bestuur en van ernstige verwijtbaarheid. Niet van elke afzonderlijke bestuurder maar van het bestuur als college. Het arrest Staleman/Van de Ven is op dit punt niet helemaal duidelijk nu de Hoge Raad overweegt:

“Zoals het Hof en ook het onderdeel terecht tot uitgangspunt nemen, is voor aansprakelijkheid op de voet van art. 2:9 vereist dat aan *de bestuurder* (curs. JBH) een ernstig verwijt kan worden gemaakt.”

Mijns inziens had hier moeten staan “het bestuur”. Nu lijkt het er op dat volgens de Hoge Raad voor het intreden van aansprakelijkheid is vereist dat aan *elke* bestuurder een ernstig verwijt kan worden gemaakt. Dat is niet de bedoeling, zoals ook blijkt uit het arrest van het Hof waarin het gaat over ernstig verwijt van onbehoorlijke taakvervulling aan de directie (het bestuur als college). Opnieuw moet het onbehoorlijk bestuur en de ernstige verwijtbaarheid daarvan door de rechtspersoon worden gesteld en zonodig bewezen. Lukt dat, dan zijn de bestuurders hoofdelijk (de wet zegt: “voor het geheel”) aansprakelijk. Zij kunnen zich echter disculperen. Dat kunnen ze doen door aan te voeren dat i) de tekortkoming niet aan hen te wijten is en ii) zij niet nalatig zijn geweest in het treffen van maatregelen om de gevolgen daarvan af te wenden. Opnieuw is het arrest Staleman/Van de Ven een beetje schimmig. De

¹ HR 10 januari 1997, NJ 1997, 360.

Hoge Raad geeft een opsomming van de in aanmerking komende omstandigheden van het geval. Sommige van die omstandigheden kunnen inderdaad betrekking hebben op aan het bestuur als college te maken ernstige verwijtbaarheid (de activiteiten van de rechtspersoon, de risico's), andere lijken meer betrekking te hebben op de afzonderlijke bestuurders en zouden mitsdien een rol kunnen spelen bij de disculpatie (taakverdeling). Het blijft mensenwerk en we moeten mijns inziens oppassen niet al te veel in het arrest te willen lezen.

Bij de hierboven gegeven lezing van art. 2:9 BW kan de term “werkkring” worden gemist. Eerder heb ik uiteengezet dat de verwijzing naar werkkring in art. 2:9 BW dient te worden geschrapt omdat over de betekenis daarvan onduidelijkheid bestaat en zij in aansprakelijkheidsprocedures tot rechtsonzekerheid leidt.² In deze zin inmiddels ook Van Schilfgaarde/Winter (2009), p. 170. Bij zodanige lezing staat art. 2:9 BW op één lijn met art. 2:138 (248) BW waarin van hoofdelijke aansprakelijkheid van elke bestuurder wordt uitgegaan indien *het bestuur* zijn taak kennelijk onbehoorlijk heeft vervuld (...). De individuele bestuurders kunnen zich disculperen door, net als bij art. 2:9 BW, te bewijzen dat de onbehoorlijke taakvervulling niet aan hen te wijten is en zij niet nalatig zijn geweest in het treffen van maatregelen om de gevolgen daarvan af te wenden.

2. Art. 2:9 lid 1 BW volgens het wetsvoorstel bestuur en toezicht is een verbetering

Volgens de MvT bij het Wetsvoorstel Bestuur en Toezicht noopt de introductie van een monistisch systeem voor kapitaalvennootschappen tot precisering van art. 2:9 BW.³ Waarom dat zo zou zijn, wordt niet uitgelegd.⁴ In elk geval kan de onduidelijkheid van het begrip werkkring daarvoor niet redengevend zijn, hetgeen de MvT t.a.p. wel lijkt te suggereren. Dan had men immers kunnen volstaan met het schrappen van dat begrip uit art. 2:9 BW, vgl. het hiervoor betoogde. Mij is evenmin duidelijk waarom de introductie van een one-tier-board enerzijds wel aanpassing van art. 2:9 BW vereist en anderzijds het voor wat betreft de hoofdelijke aansprakelijkheid en disculpatiemogelijkheden op de zelfde leest geschoeide art. 2:138 (248) BW, ongewijzigd kan laten.

Hoe dat verder zij, tegen de eerste volzin van art. 2:9 lid 1 van het wetsvoorstel kan niemand bezwaar hebben. Zij luidt:

“Elke bestuurder is tegenover de rechtspersoon gehouden tot een behoorlijke vervulling van zijn taak.”

Wel bestaat er in mijn optiek een zekere spanning tussen art. 2:9 lid 1, eerste volzin en art. 2:9 lid 2, tweede volzin. Daar staat:

² De NV 1997, p. 333 e.v. Zie ook Rechtspersonen (losbl.) art. 9, aant. 7.4.

³ *Kamerstukken II* 31 763, nr. 3, p. 7.

⁴ Vgl. ook J.B. Wezeman, Persoonlijke aansprakelijkheid van bestuurders, in: Bestuur en toezicht, IVO-reeks nr. 67, Kluwer, Deventer, 2009, p. 95. Volgens Wezeman is aanpassing van art. 2:9 BW wegens de introductie van de one-tier-board niet nodig.

“Hij is voor het geheel aansprakelijk terzake van onbehoorlijk bestuur, tenzij ... (volgt disculpatiemogelijkheid).”

Ik zou menen dat handelen in strijd met art. 2:9 lid 1, eerste volzin, *op zichzelf* impliceert dat de bestuurder tekort is geschoten en dat hij deswege aansprakelijk kan zijn tegenover de rechtspersoon. Daar is dan wel voor nodig dat aan de bestuurder een ernstig verwijt kan worden gemaakt, waarbij gelet moet worden op alle omstandigheden van het geval. Het nieuwe art. 2:9 BW beoogt immers niet te breken met HR Staleman/Van de Ven. Als er slechts één bestuurder is, is daar de kous mee af. Aan art. 2:9 lid 2 van het wetsvoorstel komt men niet toe.

En als er meer bestuurders zijn? Ik denk dat schending van art. 2:9 lid 1, eerste volzin, net als onder het huidige art. 2:9 BW betekent dat er dan sprake is van onbehoorlijke taakvervulling door het bestuur als college. Dat impliceert dat “onbehoorlijk bestuur” in art. 2:9 lid 2, tweede volzin, van het wetsvoorstel op dezelfde wijze moet worden gelezen als onbehoorlijke vervulling van zijn taak in art. 2:9 lid 1, eerste volzin. Het voorgestelde art. 2:9 beoogt immers niet twee verschillende vormen van bestuurdersaansprakelijkheid te vestigen. Wat dat aangaat lijkt het huidige art. 2:9 BW consistenten dan art. 2:9 volgens het Wetsvoorstel Bestuur en Toezicht. Het is niet handig om in één wetsbepaling te refereren aan behoorlijke taakvervulling van elke bestuurder enerzijds en onbehoorlijk bestuur anderzijds. In de memorie van toelichting lijkt art. 2:9 lid 1 eerste volzin er verder overigens weinig toe te doen. Ik zou menen dat de bepaling dan maar beter kan worden geschrapt.

3. De woorden “bij of krachtens de wet of de statuten” in art. 2:9 lid 1 BW, tweede volzin, van het wetsvoorstel moeten ruim worden uitgelegd

Als er meer bestuurders zijn kan er een taakverdeling worden gemaakt. Zo’n taakverdeling kan van betekenis zijn voor de vraag of er sprake is van onbehoorlijk bestuur als bedoeld in art. 2:9 lid 2, tweede volzin. Daar staat immers de volgende disculpatiemogelijkheid geformuleerd:

“Hij is voor het geheel aansprakelijk terzake van onbehoorlijk bestuur, tenzij hem *mede gelet op de aan anderen toebedeelde taken* geen ernstig verwijt kan worden gemaakt en hij niet nalatig is geweest in het treffen van maatregelen om de gevolgen van onbehoorlijk bestuur af te wenden.”

Een voorbeeld: wanneer het krachtens de taakverdeling zo geregeld is dat een bepaalde bestuurder belast is met de inkoop, zal een eventueel nalaten van de andere bestuurders op dit terrein (en waardoor de vennootschap schade lijdt) niet gekwalificeerd kunnen worden als onbehoorlijke taakvervulling in de zin van art. 2:9 lid 1, eerste volzin. Inkoop behoort immers niet tot hun taak. Dat nalaten kan mitsdien evenmin leiden tot het oordeel onbehoorlijk bestuur, als bedoeld in art. 2:9 lid 2, tweede volzin. Blundert daarentegen de met inkoop belaste bestuurder dan levert dat een onbehoorlijke taakvervulling in

de zin van art. 2:9 lid 1, eerste volzin, en tevens onbehoorlijk bestuur in de zin van art. 2:9 lid 2, tweede volzin, op. De taakverdeling zal er toe leiden dat de niet met de inkooptaken belaste bestuurders zich mogelijk kunnen disculperen.⁵

Art. 9 lid 1, tweede volzin, luidt volgens het wetsvoorstel:

“Tot de taak van de bestuurder behoren alle bestuurstaken die niet *bij of krachtens de wet of de statuten* aan een of meer andere bestuurders zijn toebedeeld.”

De taakverdeling hoeft dus niet in wet of de statuten zelf te staan, maar dient daar wel haar basis te hebben. In de MvT⁶ wordt een taakverdeling bij reglement genoemd. En t.a.p.: “Ook een bestuursbesluit kan grondslag zijn voor een verdere taakverdeling.” Een minder duidelijke bepaling, immers hoeveel “body” dient er te zijn om te kunnen spreken van een bestuursbesluit?⁷ Ook op andere plaatsen getuigt het Wetsvoorstel Bestuur en Toezicht er van moeite te hebben met het concept bestuursbesluit.⁸ Kan stilzwijgend tot een taakverdeling worden besloten? In elk geval hoeft de taakverdeling naar mijn mening niet noodzakelijk bij geschrifte te worden aangegaan of vastgelegd. Had men dat gewild, dan was in art. 2:9 wel een bepaling als art. 2:129a lid 3 BW Wetsvoorstel Bestuur en Toezicht opgenomen. Daar wordt immer bepaald dat toedeling van bevoegdheid aan een of meer bestuurders om besluiten te nemen niet alleen een statutaire grondslag dient te hebben maar bovendien schriftelijk dient te geschieden.

Een volgende vraag is hoe je zo’n taakverdeling moet redigeren. Naar ik aanneem zal in veel statuten komen te staan dat de bestuurders onderling een werkverdeling kunnen treffen. Maar als dát zo is en wellicht staande praktijk wordt, kan de voorwaarde dat de taakverdeling een statutaire basis dient te hebben naar mijn smaak maar beter vervallen. Dan zijn we af van de moeilijke vraag wat de betekenis van een door de bestuurders getroffen taakverdeling die niet op de wet of de statuten van de rechtspersoon is gebaseerd.⁹

Ik zou wel durven verdedigen dat het treffen van een bestuurlijke taakverdeling, ook zonder statutaire basis naar geldend recht aansluit bij het systeem van de wet en (praktische) beginselen van rechtspersonenrecht. Het zou jammer zijn als het nieuw voorgestelde art. 2:9 daar een eind aan zou maken.

4. Het bestuur is belast met het besturen van de rechtspersoon

Art. 2:9 lid 2, eerste volzin, van het wetsvoorstel zegt:

“Elke bestuurder draagt verantwoordelijkheid voor de algemene gang van zaken.”

⁵ Ten overvloede: dit valt zonodig af te leiden uit de MvT, *Kamerstukken II* 31 763, nr. 3, p. 7 waar wordt opgemerkt dat de nieuwe regeling de term werkring uit het huidige art. 2:9 overbodig maakt. Naar huidig recht, zie ook het in § 1 betoogde, dient het begrip werkring (mede) als mogelijkheid voor bestuurders om zich voor de buiten hun werkring vallende ongerechtigden te disculperen.

⁶ *Kamerstukken II* 31 763, nr. 3, p. 8.

⁷ Ik verwijs naar het bekende arrest HR 3 mei 2002, NJ 2002, 393 (Brandao) over tegenstrijdig belang en vooral ook naar de annotatie van P. van Schilfgaarde.

⁸ Zie mijn Forumbijdrage, TvI 2009/2, p. 39 e.v.

⁹ Zie VV EK, *Kamerstukken I* 31 763, B, p. 7.

Daarmee wordt gepoogd om tot uitdrukking te brengen dat een taakverdeling geen wijziging brengt in de gezamenlijke verantwoordelijkheid. De bepaling is geïnspireerd door art. 14 lid 3 van de Antilliaanse Landsverordening.¹⁰ Wat die verantwoordelijkheid vervolgens precies betekent wordt niet echt duidelijk uit de Memorie van toelichting. De MvT¹¹ ziet verantwoordelijkheid als opmaat voor aansprakelijkheid.

Ik denk dat dat laatste op zichzelf juist is. De vraag is evenwel of zulks in de wettekst moet worden opgenomen. Ik zou menen van niet. De in de wettekst opgenomen verantwoordelijkheid doet denken aan wat in het paradigma van Tjong Tjin Tai¹² “zorgplicht” wordt genoemd. Een abstracte notie welke vervolgens geconcretiseerd dient te worden in bepaalde zorgverplichtingen. Schending van die zorgverplichtingen kan leiden tot aansprakelijkheid (een tekortschieten in de taakvervulling). Daarmee is tevens een zorgplicht geschonden. Of ruimer, en tegen de achtergrond van het voorgestelde art. 2:9 BW: daarmee heeft het bestuur en hebben de bestuurders “hun verantwoordelijkheid niet genomen”. Ik denk dat dat laatste weinig toevoegt.

In het positieve recht houden we ons niet in de eerste plaats bezig met verantwoordelijkheid maar veeleer met rechten en verplichtingen. En met aansprakelijkheid. De volgende uitspraak is waar, maar hoort niet thuis in de wet: “De koper is verantwoordelijk voor betaling van de koopprijs en de verkoper is verantwoordelijk voor aflevering”.

Bovendien, wat voegt de bepaling toe aan art. 2:129 (239) lid 1 BW? Daar staat dat het bestuur belast is met het besturen van de vennootschap. Zie voor de andere rechtspersonen art. 2:44 BW (vereniging) en art. 2:291 BW (stichting). Art. 2:9 lid 2 BW, eerste volzin, heeft geen zelfstandige betekenis naast het verder in de nieuw voorgestelde wettekst bepaalde.

Art. 2:9 lid 2 BW, eerste volzin, leidt op haar beurt wel tot verwarring. Niet duidelijk is namelijk wat precies onder de algemene gang van zaken moet worden verstaan. Het strategisch beleid? Het managen van de algemene en financiële risico’s? De zorg voor adequate beheers- en controlesystemen binnen de organisatie? De onderwerpen zijn ontleend aan art. 2:141(251) lid 2 BW.¹³

Men kan art. 2:9 BW beschouwen vanuit het perspectief van de bestuurdersaansprakelijkheid en vanuit het oogpunt van corporate governance. Vanuit de bestuurdersaansprakelijkheid bezien lijkt de voorgestelde bepaling mij “Gefundenes Fressen” voor faillissementscuratoren. En daarmee leidt tot onaanvaardbare rechtsonzekerheid voor bestuurders van rechtspersonen. Bezien vanuit corporate governance – vooral van belang bij rechtspersonen die grotere organisaties in stand houden en waar bestuurdersaansprakelijkheid doorgaans veel minder een “issue” is – lijkt het bepaald onwenselijk dat alle bestuurders voortdurend gezamenlijk bezig zijn met de verantwoordelijkheid voor de algemene gang van zaken. Zij zijn dikwijls juist ingehuurd vanwege hun expertise.¹⁴

¹⁰ MvT, *Kamerstukken II* 31 763, nr. 3, p. 8.

¹¹ T.a.p. p. 8.

¹² Tjong Tjin Tai, *Zorgplichten en zorgethiek*, Kluwer, Deventer, 2007, p. 97.

¹³ Zie mijn bijdrage in O&F 2010/4 p. 3 e.v.

¹⁴ Gedurende de debatmiddag werd er op gewezen dat bestuurders juist zijn gekozen vanwege hun expertise en niet om op elkaars activiteiten toezicht te houden. De RvC moet zorgen voor een adequaat “framework” waarbij de verschillende specialismen elkaar aanvullen: “de keeper moet keepen en niet aanvallen.”

Ten slotte merk ik in dit verband op dat een algemene bepaling over de interne bestuurdersaansprakelijkheid als art. 2:9 BW mijns inziens minder geschikt is om voorschriften op te nemen over de taakverdeling binnen een meerhoofdig bestuur. Daartoe lijken mij de art. 2:44, 2:129, 2:239 en 2:291 BW meer geëigend.

5. Ernstige verwijtbaarheid vs. opzet of bewuste roekeloosheid

De problematiek is bekend. Het heeft bijna zestig (!) jaar geduurd voordat de Hoge Raad in 1997 in het arrest *Staleman/Van de Ven* aangeeft dat voor het intreden van bestuurdersaansprakelijkheid vereist is dat het bestuur een ernstig verwijt treft. Toch kwam die beslissing niet onverwacht. In het decennium dat voorafging aan het arrest kreeg de “dubbele” rechtsbetrekking – vennootschapsrechtelijk en arbeidsrechtelijk – van de vennootschap tot haar bestuurders steeds meer gestalte.¹⁵ Tegen die achtergrond is niet verbazingwekkend dat voor wat betreft de aansprakelijkheidsmaatstaf van bestuurders aansluiting is gezocht bij het arbeidsrecht en een parallel getrokken wordt met de werknemer. Zulks in eerste instantie naar aanleiding van HR 26 juni 1959, *NJ* 1959, 551, m.nt. L.E.H. Rutten (*De Bont-Zuidooster*) en uiteindelijk conform HR 4 februari 1983, *NJ* 1983, 543, m.nt. P.A. Stein (*Debrot*). In dat laatste arrest werd beslist, dat een werknemer voor de door hem in vervulling van zijn dienstbetrekking aan de werkgever toegebrachte schade eerst aansprakelijk kan zijn, indien hem ter zake, alle omstandigheden in aanmerking genomen, een ernstig verwijt te maken valt. Voor werknemers heeft voornoemde jurisprudentie wettelijke vorm gekregen in art. 7:661 BW, zij het dat in die bepaling wordt gesproken van opzet of bewuste roekeloosheid. Een andere toerekeningsmaatstaf werd daar blijkens de parlementaire geschiedenis niet mee beoogd.¹⁶ Op grond daarvan zou men kunnen betogen dat ernstige verwijtbaarheid in het arrest *Staleman/Van de Ven* op één lijn staat met ernstige verwijtbaarheid in genoemde twee arbeidsrechtelijke arresten en daarmee op één lijn met opzet of bewuste roekeloosheid in art. 7:661 BW. In die zin, als ik het goed zie, Strik.¹⁷

De maatstaf ‘ernstige verwijtbaarheid’ vindt men terug in HR 10 december 1999, *NJ* 2000, 6 in welk arrest de bestuurder tevens werd verweten dat hij als werknemer tekort was geschoten. Alsdan is betrokkene volgens de Hoge Raad in beginsel jegens de BV slechts aansprakelijk in geval van opzet of bewuste roekeloosheid, de norm van art. 7:661 BW dus.

Betwijfeld mag worden of er veel licht zit tussen enerzijds de norm ernstige verwijtbaarheid en anderzijds de norm opzet of bewuste roekeloosheid. Gelet op het feit dat voor het intreden van beider vormen van aansprakelijkheid de omstandigheden van het geval een doorslaggevende rol spelen, ga ik er van uit dat niet erg

15 Ik noem als voorbeeld HR 13 november 1992, *NJ* 1993, 265 (Levison) en verwijs verder naar Rechtspersoon, Vennootschap en Onderneming (2009), SBR-reeks, deel 7, p. 147 e.v.

16 Zie recent D.A.M.H.W. Strik, Grondslagen bestuurdersaansprakelijkheid, diss. Rotterdam (2010), IVO-reeks nr. 73, Kluwer, Deventer, p. 20.

17 A.w. (vorige noot), p. 30. Zie voor verdere literatuur ook Rechtspersonen (losbl.) art. 9, aant. 4.3.

aannemelijk is dat een bestuurder/werknemer wel jegens de vennootschap aansprakelijk kan zijn op grond van art. 9 en niet ex art. 7:661 BW en omgekeerd.¹⁸

Niettemin meen ik – en dat gevoel bestond ook bij veel deelnemers aan de debatmiddag – dat voor de aansprakelijkheid van bestuurders het criterium ernstige verwijtbaarheid de voorkeur verdient boven de maatstaf opzet of bewuste roekeloosheid. Het begrip ernstige verwijtbaarheid heeft op het front van bestuurdersaansprakelijkheid school gemaakt en door (vooral lagere) jurisprudentie inkleuring gekregen. Denk bijvoorbeeld aan de objectivering van de norm. Zij biedt wellicht ook meer mogelijkheid tot nuancering.¹⁹ Daar komt bij dat ten aanzien van werknemers niet wordt uitgegaan van collegialiteit en de daarbij behorende hoofdelijke aansprakelijkheid. Ik kom daar nog op terug.

6. Onder het voorgestelde art. 2:9 lid 2 BW lijkt het voor een bestuurder makkelijker om zich te disculperen dan onder het huidige art. 2:9 BW

Onder het huidige art. 2:9 BW kan een hoofdelijk aansprakelijk bestuurder zich disculperen door aan te voeren dat het onbehoorlijk bestuur²⁰ niet aan hem is te wijten. In art. 2:9 lid 2 BW (nieuw) wordt dat “tenzij hem geen ernstig verwijt kan worden gemaakt”.²¹ Deze formulering sluit volgens de MvT aan bij de in de rechtspraak gebruikte terminologie.²² In dat verband wordt verwezen naar HR Staleman/Van de Ven. In dat arrest worden inderdaad de woorden “ernstige verwijtbaarheid” gebruikt, maar toch niet in het kader van de disculpatie van individuele, hoofdelijk aansprakelijke bestuurders. In het arrest is ernstige verwijtbaarheid de toerekeningsmaatstaf om tot bestuurdersaansprakelijkheid voor onbehoorlijk bestuur te komen, zie § 1. Te stellen (en te bewijzen) door de vennootschap. Pas daarna komt de disculpatievraag aan de orde.

Als men dan het huidige art. 2:9 BW met het voorgestelde art. 2:9 BW vergelijkt, dan lijkt het er op dat de ernstige verwijtbaarheid niet langer een rol speelt bij de vraag of onbehoorlijk bestuur tot aansprakelijkheid van het bestuur als college leidt. Kennelijk is daarvoor voldoende dat er sprake is van onbehoorlijk bestuur. Volgens de tekst van art. 2:9 lid 2 BW (nieuw), tweede volzin, leidt zulks tot hoofdelijke aansprakelijkheid maar kunnen de bestuurders zich disculperen door te stellen en zonodig te bewijzen dat hen geen ernstig verwijt treft. Zie ik het goed, dan treedt onder de nieuwe bepaling dus *eerder* hoofdelijke aansprakelijkheid in (de vennootschap hoeft

18 In Dijk/Van der Ploeg, Van vereniging en stichting, coöperatie en onderlinge waarborgmaatschappij, 2007, nr. 8.6.1 wordt bepleit dat beide maatstaven dienen samen te vallen ‘omdat niet goed zou zijn in te zien waarom voor de aansprakelijkheidsstelling van een bestuurder die tevens werknemer is een zwaardere vorm van schuld aanwezig zou moeten zijn’. Idem Asser/Maeijer/Van Solinge & Nieuwe Weme 2-II 2009, nr. 446. Anders Van Schilfgaarde/Winter, Van de NV en de BV, 15^e druk, Kluwer, 2009, volgens wie het lichtere aansprakelijkheids criterium ernstige verwijtbaarheid over het algemeen zal prevaleren.

19 Vgl. Rechtspersonen (losbl.) art. 9, aant. 4.3.

20 Art. 2:9 BW spreekt van “een tekortkoming”.

21 Ik laat de werkring, respectievelijk taakverdeling alsmede het niet nalatig zijn in het treffen van maatregelen nu even buiten beschouwing.

22 MvT, *Kamerstukken II* 31 763, nr. 3, p. 8/9.

geen ernstige verwijtbaarheid te stellen). Tegelijkertijd is het voor de afzonderlijke bestuurders gemakkelijker om zich te disculperen. Zij kunnen volstaan met te stellen dat hen geen ernstig verwijt treft in plaats van, zoals onder het huidige art. 2:9 BW, geen (enkel) verwijt.

De MvT laat zich niet uit over deze koerswijziging. Want dat het nieuwe art. 2:9 BW aldus moet worden geïnterpreteerd blijkt onomstotelijk uit de voorgestelde wettekst. Ik zou menen dat wanneer deze koerswijziging werkelijk beoogd is, daar wel wat meer toelichting op had mogen worden gegeven. Is het echter de bedoeling op dit punt alles bij het oude te laten, hetgeen mijn voorkeur zou hebben (al was het maar om de aansluiting bij de systematiek van art. 2:138 (248) BW, zie § 1.), dan moet de nu voorliggende tekst worden aangepast.²³

Ik vind het moeilijk om te beoordelen of de koerswijziging sneller tot aansprakelijkheid van bestuurders leidt. Bij eenpersoonsvennootschappen zou ik menen van wel. Niet de vennootschap moet stellen dat er sprake is van ernstige verwijtbaarheid, maar de bestuurder zelf moet stellen dat er geen sprake is van ernstige verwijtbaarheid. Tenzij men, dat zou ook nog betoogd kunnen worden, meent dat men bij een vennootschap met één bestuurder in het geheel niet toekomt aan art. 2:9 lid 2 van het wetsvoorstel. Dat gaat immers over een meerhoofdig bestuur. Dat in die visie de aansprakelijkheid van een eenhoofdig bestuur enerzijds en een meerhoofdig bestuur anderzijds uiteen gaan lopen, laat ik nu verder maar in het midden. Voor mij is duidelijk dat de nieuwe bepaling meer vragen oproept dan zij beantwoordt.

7. Hoofdelijkheid (aansprakelijkheid voor het geheel)

For arguments sake heb ik tijdens de debatmiddag verdedigd dat het uitgangspunt hoofdelijkheid zou kunnen worden ingeruild voor door de rechtspersoon ten aanzien van elke te bewijzen opzet of bewuste roekeloosheid. Voor alle duidelijkheid: deze stelling wordt door mij niet onderschreven. Juist die collectiviteit, mijns inziens één van de kernpunten van ons rechtspersonenrechtelijke organisatierecht, is kenmerkend voor het onderscheid tussen de relatie van een rechtspersoon tot zijn bestuurders enerzijds en de arbeidsovereenkomst tussen werkgever en werknemer anderzijds.²⁴ Verder zou ik menen dat als men al in deze richting wil gaan, in plaats van opzet of bewuste roekeloosheid in elk geval voor de term ernstige verwijtbaarheid zou moeten worden gekozen, zie § 5. Maar ook dan zou ik de stelling nog niet willen onderschrijven.

Niettemin zijn er wel argumenten voor de stelling aan te dragen. Bijvoorbeeld Wezeman denkt in de hier gesuggereerde richting.²⁵ Zij stelt vennootschapsbestuurders voor wat betreft de aansprakelijkheid in belangrijke mate op één lijn met werknemers. Dat lijkt een grote stap. En dat is het door een juridische bril gezien ook. Of

23 In de Nota naar aanleiding van het verslag, *Kamerstukken II* 31 763, nr. 6, p. 18 wordt gesteld dat het nieuwe lid 2 aansluit op de jurisprudentie van de Hoge Raad over onbehoorlijk bestuur. Dat lijkt mij, gelet op het in de hoofdttekst beoogde, niet correct.

24 Er zijn er meer, zie mijn bijdrage *De bestuurder-werknemer revisited*, *Arbeidsrechtelijke Annotaties* 2003/4.

25 J.B. Wezeman, a.w. (noot 4), p. 100 e.v.

dit radicaal andere uitgangspunt in de praktijk tot grote veranderingen zal leiden valt echter te bezien. Wat de praktijk precies inhoudt weten we niet. We kunnen, zolang niet alle rechtspraak ontsloten is, niet anders dan op eigen waarneming en gepubliceerde rechtspraak afgaan. De meeste van die rechtspraak probeer ik te verwerken in mijn commentaar op art. 2:9 BW in de Kluwer uitgave Rechtspersonen (losbl.). Het beeld dat daar uit oprijst is dat het overgrote deel van de aansprakelijkheidsprocedures²⁶ geen betrekking heeft op grote of middelgrote ondernemingen. Denk aan de jaarrekeningrechtelijke categorieën van art. 2:396 en 2:397 BW. Ik durf de stelling aan dat binnen de groep kleine rechtspersonen in de zin van art. 2:396 BW bestuurdersaansprakelijkheid voornamelijk speelt bij de zeer kleine vennootschappen, vaak éénpersoonsvennootschappen en daarmee gelijk te stellen entiteiten. In mijn waarneming is dit voor het verenigingen en stichtingenrecht niet veel anders. Daadwerkelijke bestuurdersaansprakelijkheid speelt zich in belangrijke mate af in de sfeer van boef en boefjesmaat, in de sfeer van misbruik van rechtspersonenrecht. Niet voor niets hebben we het over de tweede (WBA) en derde (WBF) “misbruikwet”. Niet voor niets ligt de aansprakelijkheidslat hoog.

Ik acht het niet uitgesloten dat het overgrote deel van de zaken die hebben geleid tot veroordeling van bestuurders niet anders zouden zijn verlopen wanneer het aan de vennootschap respectievelijk de faillissementscurator was geweest om ten aanzien van elke bestuurder onbehoorlijk bestuur en ernstige verwijtbaarheid te stellen en zonodig te bewijzen. In elk geval voor de vennootschappen met één bestuurder en in veel gevallen, vermoed ik, ook wanneer er meer bestuurders zijn.

8. Convergentie van de toerekeningsmaatstaf van art. 2:9 BW (intern) en art. 6:162 BW (extern)

Hier valt nog meer over te zeggen. Bestuurders kunnen zich in de uitoefening van hun werkzaamheden jegens derden schuldig maken aan een onrechtmatige daad en diensgevolge aansprakelijk zijn voor de door die onrechtmatige daad veroorzaakte schade. Volgens de Hoge Raad in het Driespan-arrest is daarvoor vereist dat de bestuurder persoonlijk een voldoende ernstig verwijt kan worden gemaakt.²⁷ Elders heb ik betoogd dat de ernstige verwijtbaarheid uit het arrest Staleman/Van de Ven en persoonlijk voldoende ernstig verwijt in het arrest Driespan voor wat betreft de toerekenbaarheid dezelfde maatstaf bevatten.²⁸ Ik bevind mij inmiddels in goed gezelschap.²⁹

Als men zich op het standpunt stelt dat de toerekeningsmaatstaf ernstige verwijtbaarheid bij art. 2:9 BW en de maatstaf persoonlijk voldoende ernstig verwijt bij art. 6:162 BW van dezelfde orde zijn, dan zou er ook het nodige voor te zeggen zijn om de woorden “persoonlijk voldoende” ook maar te lezen in de Staleman/Van de Ven

²⁶ Wat geschikt wordt is onbekend.

²⁷ HR 18 februari 2000, NJ 2000, 259 (Driespan).

²⁸ Zie O&F 2009 p. 100 e.v.

²⁹ Zie Asser/Maaijer/Van Solinge & Nieuwe Weme 2-II 2009 nrs. 440 e.v.; Van Schilfgaarde/Winter, a.w. (noot 18), nr. 48 en D.A.M.H.W. Strik, a.w. (noot 16) p. 48 e.v.

norm en de interne en externe aansprakelijkheid niet alleen te laten convergeren ten aanzien van de toerekeningsmaatstaf maar ook ten aanzien van de kwestie “collectief of individueel”. Collectiviteit sluit als zodanig slecht aan bij art. 6:162 BW, zodat de woorden “persoonlijk voldoende” of termen van gelijke strekking wel moesten worden gebezigd in het Driespan arrest.³⁰

Deze gedachten over interne aansprakelijkheid vormen mijns inziens niet echt een systeembreuk. Dat de ernstige verwijtbaarheid ten aanzien van elke bestuurder afzonderlijk zou moeten worden gesteld en bewezen betekent allerm minst dat het oordeel over die persoonlijk voldoende ernstige verwijtbaarheid niet mede wordt bepaald door het uitgangspunt van boek 2 BW dat de bestuurders de rechtspersoon gezamenlijk moeten besturen, vgl. eerder § 4. Collectieve verantwoordelijkheid of een collectieve zorgplicht voor behoorlijk bestuur vereist niet noodzakelijk een collectieve, dat wil zeggen hoofdelijke aansprakelijkheid. Collectieve verantwoordelijkheid en individuele aansprakelijkheid gaan naar mijn mening goed samen. Dat is geen nieuw inzicht, maar is al lang geleden onderkend.³¹

Een en ander betekent dat bepaald nog eens overdacht zou moeten worden of de hoofdelijkheid in art. 2:9 (naar huidig recht en volgens het wetsvoorstel Bestuur en Toezicht) wel zo vanzelfsprekend is als het Nederlands rechtsbedrijf lijkt aan te nemen.

9. Voorstel

Alles afwegend, en het onder 7 en 8 betoogde voorlopig latend voor wat het is, kom ik tot een volgende tekst voor art. 2:9 BW:

“In geval van onbehoorlijk bestuur is elke bestuurder tegenover de rechtspersoon voor het geheel aansprakelijk, tenzij hem, mede gelet op de gemaakte taakverdeling, geen verwijt van het onbehoorlijke bestuur kan worden gemaakt en hij niet nalatig is geweest in het treffen van maatregelen om de gevolgen daarvan af te wentelen.”

In art. 2:129(239) BW en de daarmee corresponderende bepalingen voor de andere boek 2 BW rechtspersonen zou dan als nieuw artikellid (bij voorkeur het tweede lid) kunnen worden opgenomen:

“Bij of krachtens de statuten kunnen bepaalde bestuurstaken aan een of meer bestuurders worden toebedeeld.”

Desgewenst verwerke men een bepaling van deze strekking in het voorgestelde art. 2:129a(239a) lid 1, waar eigenlijk al iets dergelijks staat.³² Dit voorstel blijft

³⁰ Art. 6:166 BW laat ik buiten beschouwing.

³¹ Zie bijvoorbeeld reeds P. van Schilfgaarde, Misbruik van rechtspersonen, IVO-reeks nr. 3, Kluwer, Deventer, 1986, p. 13-15.

³² Vgl. J.B. Wezeman, a.w. (noot 4), p. 95.

dicht bij het huidige art. 2:9 BW. De jurisprudentie op art. 2:9 BW blijft onder het voorstel haar belang behouden. Er treedt geen breuk op in de inmiddels in de rechtspraak en literatuur uiteengezette lijnen. Van het onduidelijke begrip werkring in het huidige art. 2:9 BW raken we verlost. Nieuw is de taakverdeling, welke een statutaire grondslag behoeft. De band met art. 2:138 (248) BW blijft in stand.

10. Bestuurders zullen blij zijn met dit voorstel

Met mijn voorstel zullen bestuurders, uitvoerende zowel als niet-uitvoerende, goed kunnen leven. Per saldo blijft alles onder het voorstel bij het oude en wordt de vage werkring vervangen door een op de statuten gebaseerde taakverdeling. Dat lijkt me een verbetering.

Enkele gedachten over bestuurdersaansprakelijkheid

mr. J.M. de Jongh

Dames en heren, voordat deze debatmiddag over bestuurdersaansprakelijkheid begon was ik aanwezig bij de Leidse promotie van Martijn Punt over het vennootschapsrecht van Holland in de 17^e en 18^e eeuw.¹ Aan de hand van privé-aantekeningen van Pauw, president van de Hoge Raad van Holland, Zeeland en West-Friesland komt Punt onder andere tot de slotsom dat bestuurders van een kapitaalvennootschap volgens de Hoge Raad hoofdelijk aansprakelijk waren voor schulden van de vennootschap.² Omdat ik met Punt een vennootschaps-historische hobby deel, zou ik graag willen aanvangen met een historische opmerking in verband met het thema van vandaag. Vervolgens zal ik enkele kanttekeningen maken bij het prikkelende betoog van Huizink, in het bijzonder bij zijn stellingen 5, 7 en 8. Ik zal daarbij uitgaan van een bestuur zonder niet-uitvoerende bestuurders.

1. Lange traditie collectief bestuur

Al vrij snel na de invoering van het Wetboek van Koophandel in 1838 werd gesproken over herziening. Een eerste wetsontwerp dateert van 1871, 58 jaar vóórdat de herziening uiteindelijk in werking zou treden.³ Zo gezien is de wetgever met de herziening van het BV-recht voortvarend te werk gegaan! Dat wetsontwerp van 1871 bevatte een bepaling over de bestuurstaak die via omwegen in het WvK van 1929 terecht is gekomen. We kunnen zelfs al wat contouren van art. 2:9 herkennen. Volgens art. 26 was het bestuur jegens de vennootschap verantwoordelijk voor de behoorlijke uitvoering van hetgeen hun is opgedragen. Bestuurders zijn in het algemeen verplicht, voor de belangen der vennootschap te zorgen als een goed huisvader, onverschillig of zij al dan niet bezoldiging genieten. In de toelichting wordt benadrukt, “dat het bestuur der vennootschap berust bij het besturend collegie als eenheid, en geenszins bij de afzonderlijke leden.”⁴ Deze traditie stamt al vanaf de VOC. Het hoogste bestuursorgaan van de VOC, de Heren XVII, nam als gezamenlijk college besluiten die vervolgens werden uitgevoerd in de verschillende vestigingen.

¹ H.M. Punt, *Het vennootschapsrecht van Holland. Het vennootschapsrecht van Holland, Zeeland en West-Friesland in de rechtspraak van de Hoge Raad van Holland, Zeeland en West-Friesland*, Deventer: Kluwer 2010.

² Punt (2010), p. 217 e.v.

³ TK 1871-1872, 65, nr. 2.

⁴ TK 1871-1872, 65, nr. 3, p. 11-12.

Opvallend is dat Amsterdam 8 afgevaardigden had in deze Heren XVII, dus net niet de meerderheid, terwijl in Amsterdam ongeveer 2/3 van het kapitaal van de VOC was vergaard. In de bestuursstructuur werd op deze wijze rekening gehouden met de belangen van kleinere vestigingen en werd ervoor gewaakt dat één kamer zijn wil zou kunnen opleggen aan de minderheid.

Ook vandaag de dag wordt het Nederlandse vennootschapsrecht gekenmerkt door belangenpluralisme. Het bestuur moet daarbij de deelbelangen van de verschillende betrokkenen tegen elkaar afwegen. Dit belangenpluralisme komt het beste tot zijn recht in een collegiaal bestuursmodel. In een collegiaal bestuursmodel wordt optimaal gewaarborgd dat de verschillende belangen binnen de vennootschap op een evenwichtige wijze tegen elkaar worden afgewogen.

Een tweede argument voor het collegiaal bestuursmodel is dat het een zekere bescherming vormt tegen ongelukken. Een collegiaal bestuur dwingt in een vroegtijdig stadium tot interne verantwoording. De kans op ongelukken is groter wanneer bijvoorbeeld een CEO een te dominante positie in het bestuur inneemt ten opzichte van zijn medebestuurders. Het risico ontstaat dat medebestuurders zonnekoningengedrag van de CEO onvoldoende kunnen corrigeren. Denk aan Ahold en ABN AMRO. Sterke leiders passen wellicht in de VS, maar niet in Nederlandse verhoudingen.

2. Collectieve aansprakelijkheid ex art. 2:9 BW

Nu heeft Huizink in stelling 7 (*for argument's sake*) gesuggereerd dat collectieve verantwoordelijkheid en collectieve aansprakelijkheid 'ontkoppeld' kunnen worden. Met andere woorden: collectieve verantwoordelijkheid enerzijds en individuele aansprakelijkheid anderzijds. Ik heb daarbij mijn twijfels. Gaat het hier niet om twee zijden van dezelfde medaille?

De collectieve verantwoordelijkheid zal in de praktijk minder serieus genomen worden, wanneer individuele aansprakelijkheid als uitgangspunt geldt. Ten eerste wordt hierdoor de kans op ongelukken vergroot. Het risico bestaat dat bestuurders hun collectieve verantwoordelijkheid bij gebreke aan stok achter de deur minder nauwgezet vervullen. Ten tweede valt niet uit te sluiten dat de afweging van alle betrokken belangen minder evenwichtig geschiedt.

De bewijslast van de curator – want hij is degene die doorgaans een art. 2:9-vordering zal instellen – wordt m.i. te zwaar, wanneer hij ten aanzien van individuele bestuurders moet gaan aantonen dat zij hun taak onbehoorlijk hebben vervuld. Veel meer voel ik ervoor om aan de curator de bewijslast toe te kennen dat het bestuur als collectief zijn taken onbehoorlijk heeft vervuld, en vervolgens aan individuele bestuurders een disculpatiemogelijkheid toe te kennen – het huidige model dus.

Daarbij merk ik op dat het verschil tussen de benadering van Huizink en mij wellicht kleiner is dan het lijkt. Het huidige wetsvoorstel leidt tot een verruiming van de disculpatiemogelijkheid van individuele bestuurders. Dat geldt niet alleen voor niet-uitvoerende bestuurders in een *one tier board*, maar ook wanneer de taken binnen een *two tier board* zijn verdeeld. Ik zie daartegen geen bezwaren. Toenemende

specialisatie binnen het bestuur is een onvermijdelijk gevolg van de groeiende complexiteit van veel ondernemingen. Deze ontwikkeling kan door het recht worden gehonoreerd door meer mogelijkheden tot disculpatie aan individuele bestuurders toe te kennen wanneer deze verband houden met een taakverdeling binnen het bestuur. Aan het uitgangspunt van collectieve aansprakelijkheid zou ik evenwel willen vasthouden.

3. Toerekeningsmaatstaf: opzet of bewuste roekeloosheid?

In het voorstel van Huizink (stelling 5) wordt de bewijslast van de curator nog in twee andere opzichten verzwakt. Zo stelt hij voor om, evenals bij werknemersaansprakelijkheid (art. 7:661 BW), de maatstaf van opzet of bewuste roekeloosheid te hanteren. Deze maatstaf is vergelijkbaar, maar niet inwisselbaar met het ernstige verwijt dat door de Hoge Raad als maatstaf voor bestuurdersaansprakelijkheid wordt aangelegd.⁵ Nu meen ook ik dat een hoge drempel moet worden aanvaard voor aansprakelijkheid van een bestuurder jegens de vennootschap,⁶ maar ik vraag me af of met een vereiste van opzet of bewuste roekeloosheid de drempel niet té hoog wordt gesteld. Er zijn gevallen denkbaar waarin geen sprake is van opzet of bewuste roekeloosheid, terwijl toch de bestuurder een ernstig verwijt kan worden gemaakt. Ik zou in die gevallen bestuurdersaansprakelijkheid niet willen uitsluiten.⁷

Daar komt bij dat de maatstaf van opzet of bewuste roekeloosheid naar zijn aard een subjectieve is. Dit betekent dat de curator ten aanzien van een individuele bestuurder de subjectieve geestesgesteldheid van opzet of bewuste roekeloosheid aannemelijk zal moeten maken. Wanneer ernstige verwijtbaarheid als criterium wordt genomen, is objectivering eenvoudiger mogelijk. Dit blijkt ook uit *Staleman/Van der Ven*, waarin de Hoge Raad als gezichtspunt hanteert “het inzicht en de zorgvuldigheid die mogen worden verwacht van een bestuurder die voor zijn taak berekend is en deze nauwgezet vervult.”⁸ Een dergelijke objectivering acht ik passend bij de verplichting tot een behoorlijke taakvervulling van een bestuurder. De bijzondere positie van een bestuurder verschilt in dit opzicht van die van een werknemer.

Het voorstel van Huizink verzwakt aldus de bewijslast van de vennootschap (de curator) in drie opzichten: (i) hij zal ten aanzien van een individuele bestuurder moeten aantonen dat sprake is van onbehoorlijk bestuur, waarbij (ii) als maatstaf geldt opzet of bewuste roekeloosheid, en waarbij (iii) de subjectieve bestuurder tot uitgangspunt zal worden genomen. Al zal ik niet weerspreken dat bestuurders blij zullen zijn met dit voorstel (stelling 10), ik betwijfel of behoefte bestaat aan een dergelijke verhoging van de drempel voor bestuurdersaansprakelijkheid. Daarbij moet worden bedacht dat een hogere drempel ook kan doorwerken in de aansprakelijkheid van bestuurders jegens derden.⁹

⁵ Vgl. nr. 2.12 van de conclusie van AG Timmerman vóór HR 2 maart 2007, NJ 2007, 240 m.nt. Ma (NBW/Schieke).

⁶ Vgl. HR 20 juni 2008, NJ 2009, 21 (Willemsen/NOM).

⁷ Anders D.A.M.W.H. Strik, *Grondslagen bestuurdersaansprakelijkheid*, Deventer, Kluwer 2010, p. 20 e.v.

⁸ HR 10 januari 1997, NJ 1997, 350 m.nt. Ma (Staleman/Van der Ven).

⁹ HR 8 december 2006, NJ 2006, 659 (Ontvanger/Roelofsen).

4. Individuele aansprakelijkheid jegens derden ex art. 6:162 BW

Indien derden een vordering instellen tegen een bestuurder op grond van art. 6:162 BW geldt, anders dan bij art. 2:9-aansprakelijkheid wel het uitgangspunt van individuele aansprakelijkheid. Ik heb mij afgevraagd of dit wel valt te rijmen met het beginsel van collectieve aansprakelijkheid in Boek 2 BW. Bestaat er een rechtvaardiging voor dit verschil, of vloeit het verschil toevallig voort uit de structuur van de onrechtmatige daad in Boek 6 BW?

Ik meen dat die inhoudelijke rechtvaardiging wel kan worden gevonden. De collectieve aansprakelijkheid van Boek 2 moet worden gezien in het licht van de verantwoordelijkheid van *alle* bestuurders jegens de vennootschap. Deze verantwoordelijkheid vloeit voort uit hun bestuurstaak. Deze taak behelst blijkens art. 2:9 BW vooral een positieve verplichting: gij zult als behoorlijk bestuurder het belang van de vennootschap bevorderen. Uit die positieve verplichting vloeit voort dat bestuurders ook verantwoordelijkheid dragen voor het doen en laten van hun collega-bestuurders. Deze verantwoordelijkheid past in hun verplichting om het vennootschapsbelang te dienen. Wanneer een bestuurder het vennootschapsbelang schaadt, dan vloeit uit taak van zijn collega's voort dat hier iets aan gebeurt.

Bezien wij de aansprakelijkheid jegens derden, dan ligt het net wat anders. Bestuurders zijn in beginsel niet verplicht om de belangen van derden te dienen. Zij mogen in hun handelen zelfs de belangen van derden schaden, zij het binnen zekere grenzen. Op een enkele uitzondering na is de zorgplicht van bestuurders jegens derden *negatief*: gij zult niet zo onzorgvuldig handelen dat u een ernstig persoonlijk verwijt treft. Het *ontzien* van belangen van derden staat dus tegenover het *bevorderen* van het vennootschapsbelang. Uit het negatieve karakter van de zorgplicht jegens derden vloeit voort dat bestuurders zich in beginsel niet *uit dien hoofde* behoeven te bemoeien met de handelingen van hun collega-bestuurders jegens derden. Dat laat onverlet dat het belang van de vennootschap wel kan nopen tot ingrijpen.

Bij de voornamelijk negatieve zorgplichten jegens derden past m.i. een individueel aansprakelijkheidsregime. In de rechtspraak van de Hoge Raad komt dit verschil tussen art. 6:162 BW en art. 2:9 BW tot uitdrukking doordat hij bij art. 6:162 BW spreekt van een *persoonlijk* ernstig verwijt dat de betreffende bestuurder kan worden gemaakt.

5. Convergentie

Onmiskenbaar groeien de normen inzake van bestuurdersaansprakelijkheid op grond van art. 2:9 en 6:162 BW naar elkaar toe, en in zoverre kan ik ook instemmen met stelling 8. Toch meen ik dat de aansprakelijkheidsmaatstaven van ernstige verwijtbaarheid (art. 2:9 BW) en ernstige persoonlijke verwijtbaarheid (art. 6:162 BW) niet identiek zijn. Dat volgt reeds uit het feit dat de normadressaat in beide gevallen verschilt: art. 2:9 BW betreft een norm die bestuurders jegens de vennootschap moeten betrachten; art. 6:162 BW creëert een norm jegens derden. De verschillende normadressaten kunnen leiden tot een uiteenlopende inhoud van de norm. Voor mijn opvatting dat de beide normen dicht tegen elkaar aanliggen, maar niet identiek zijn, vind ik steun in

Ontvanger/Roelofsen.¹⁰ De Hoge Raad overweegt daarin dat een bestuurder in het algemeen jegens de schuldeiser onrechtmatig heeft gehandeld waar hem, *mede* gelet op zijn verplichting tot een behoorlijke taakuitoefening als bedoeld in art. 2:9 BW, een voldoende ernstig verwijt kan worden gemaakt. Met andere woorden: de norm art. 2:9 BW kleurt in belangrijke mate de norm van art. 6:162 BW, maar valt hiermee niet samen.

Laat ik dit met een voorbeeld illustreren. In het geval van *Staleman/Van der Ven* had de bestuurder enkele richtlijnen overtreden die de aandeelhouders aan het bestuur hadden gesteld. Volgens de Hoge Raad is dit een relevant gezichtspunt bij de vraag of een bestuurder een ernstig verwijt jegens de vennootschap kan worden gemaakt. In de relatie jegens derden lijkt mij dit gezichtspunt daarentegen in beginsel niet van belang: dergelijke richtlijnen zijn derden doorgaans niet bekend en strekken veelal niet specifiek ter bescherming van een derde. In versterkte mate geldt hetzelfde ten aanzien van de overtreding van statutaire bepalingen door het bestuur: de omstandigheid dat is gehandeld in strijd met statutaire bepalingen die de rechtspersoon beogen te beschermen vestigt in beginsel de aansprakelijkheid van de bestuurder jegens de vennootschap.¹¹ Weliswaar valt op voorhand niet uit te sluiten dat overtreding van statutaire bepalingen leidt tot aansprakelijkheid jegens crediteuren,¹² ik zou in de relatie tot derden niet eenzelfde automatisme willen aannemen.

Ook in een ander opzicht bestaat er een subtiel verschil tussen de beide normen. De aansprakelijkheid op grond van art. 2:9 BW heeft in beginsel¹³ een objectief karakter: het komt aan op het inzicht en de zorgvuldigheid die mogen worden verwacht van een bestuurder die voor zijn taak berekend is en deze nauwgezet vervult.¹⁴ Art. 6:162 BW kent een wat sterker subjectief element: de *persoonlijke* ernstige verwijtbaarheid jegens de derde.¹⁵ Toegegeven: de nuance is klein en wordt nog kleiner in een geval als *NOM/Willemsen*, waarin de derde ook nog een groot belang houdt in de vennootschap.¹⁶ Toch komt het mij nuttig voor om, alle convergentie ten spijt, niet uit het oog te verliezen dat de normen als gevolg van de verschillende normadressaten niet geheel identiek zijn.

De beide aansprakelijkheidsgronden stemmen wel overeen ten aanzien van de hoogte van de drempel voor aansprakelijkheid. In beide gevallen geldt een even hoge drempel die ertoe strekt te voorkomen dat bestuurders hun handelen in onwenselijke mate door defensieve overwegingen laten bepalen. In geval van art. 2:9-aansprakelijkheid vloeit dit voort uit het belang van de vennootschap.¹⁷ Bij art. 6:162-aansprakelijkheid wordt deze hoge drempel m.i. gerechtvaardigd door het algemeen belang dat in het

¹⁰ Vgl. HR 8 december 2006, NJ 2006, 659 (*Ontvanger/Roelofsen*).

¹¹ HR 29 november 2002, NJ 2003, 455 (*Berghuizer Papierfabriek*).

¹² Dit voorbeeld moet worden onderscheiden van 20 juni 2008, NJ 2009, 21 (*NOM/Willemsen*). Daarin ging het om een overtreding van een statutaire bepaling die een individuele aandeelhouder beoogde te beschermen.

¹³ Behoudens individuele disculpatie.

¹⁴ HR 10 januari 1997, NJ 1997, 350 (*Staleman/Van der Ven*).

¹⁵ Weliswaar bevat de norm van *Ontvanger/Roelofsen* ook een zeker objectief element (indien de bestuurder wist of redelijkerwijze behoorde te begrijpen dat de vennootschap niet aan haar verplichtingen zou kunnen voldoen), maar de reikwijdte van dit objectieve element lijkt te zijn beperkt tot een zekere geobjectiveerde wetenschap (vgl. HR 26 juni 2009, NJ 2009, 418 (*Eurocommerce*), rov. 4.4–4.6).

¹⁶ HR 20 juni 2008, NJ 2009, 21 (*NOM/Willemsen*).

¹⁷ HR 20 juni 2008, NJ 2009, 21 (*NOM/Willemsen*).

economisch verkeer ruimte wordt geschapen voor ondernemerschap en het nemen van verantwoord risico door ondernemers.

Dames en heren, Schoordijk schijnt eens te hebben gezegd dat juristen het nooit nodeloos met elkaar eens moeten zijn. Dat advies heb ik vanmiddag graag ter harte genomen. Maar niet zonder de organisatoren voor hun uitnodiging te danken en vooral Huizink voor zijn mooie voordracht. Zijn prikkelende stellingen gaven mij de gelegenheid om nog eens na te denken over het even boeiende als lastige onderwerp van bestuurdersaansprakelijkheid. Ik dank u allen voor uw aandacht en zie uit naar het vervolg van de gedachtewisseling.

Collectieve en individuele bestuursverantwoordelijkheid

prof. mr. A.F. Verdam

1. Verantwoordelijkheid voorafgaand aan aansprakelijkheid

In een discussie over individuele en hoofdelijke aansprakelijkheid van bestuurders onder de huidige regeling van art. 2:9 BW en de voorgestelde versie daarvan in het voorliggend wetsontwerp,¹ is het zinnig stil te staan bij vragen naar de *verantwoordelijkheid* van bestuurders. Wanneer spreken we van collectieve verantwoordelijkheid en wanneer van individuele verantwoordelijkheid? Voordat men over mogelijke aansprakelijkheid spreekt, moet men toch bezien of er sprake is van een verantwoordelijkheid van het individu. In de praktijk zal de vraag van een bestuurder naar wat precies onder zijn verantwoordelijkheid valt, in het algemeen meer sympathie op roepen dan degene die zich in zijn taakuitoefening laat leiden door de grenzen van zijn aansprakelijkheid.

In de handboeken wordt keurig onderscheid gemaakt tussen enerzijds verantwoordelijkheid, en de daaruit voortvloeiende plicht om verantwoording af te leggen over de invulling van die verantwoordelijkheid, en anderzijds aansprakelijkheid waarvoor een verhoogde drempel geldt.² Maar verantwoordelijkheid is wel een eerste stap naar aansprakelijkheid³ en volgens sommigen ook wel een cruciale stap. Vergelijk bijvoorbeeld de nieuwe Asser/Maeijer, waarin ten aanzien van de in art. 2:9 BW voor hoofdelijke aansprakelijkheid genoemde eis dat het een aangelegenheid betreft die tot de werkkring van de gezamenlijke bestuurders behoort, wordt gesteld dat de bestuurstaak in haar geheel is opgedragen aan alle bestuurders en dat het bestuur als collectief bestuurt. Daarmee wordt volgens de auteurs voldaan aan de eis dat het behoort tot de werkkring van de individuele bestuurders. Het handboek vervolgt dat een taakverdeling er op zichzelf niet toe kan leiden dat een aangelegenheid daarom niet tot de werkgelegenheid van een bestuurder behoort; de taakverdeling doet in die redenering niet af aan de hoofdelijke aansprakelijkheid van iedere bestuurder.⁴

¹ Wetsvoorstel 31 763 (wetsvoorstel bestuur en toezicht).

² Zie bijvoorbeeld Asser/Maeijer/Van Solinge & Nieuwe Weme 2-II* 2009, nr. 439. Zie ook de Memorie van toelichting, pag. 8.

³ Vergelijk Memorie van toelichting, pag. 8: “Verantwoordelijkheid is de opmaat voor de regeling van de aansprakelijkheid.”

⁴ Asser/Maeijer/Van Solinge & Nieuwe Weme 2-II* 2009, nr. 445. In die redenering speelt de taakverdeling eerst een rol bij de disculpatiemogelijkheid als vervat in het laatste zinsdeel van art. 2:9. Voor een soortgelijke redenering zie P.J.Dortmond, De werkkring van Van Schilfgaarde en het monisme, in: ATD (Van Schilfgaarde-bundel), Deventer 2000, pag. 67 e.v.

Het beginsel van de collectieve verantwoordelijkheid vervult in die redenering de voorwaarde dat de aangelegenheid tot de werkring van de individuele bestuurder behoort.

Is ook het omgekeerde waar, dat waar er op de individuele bestuurder géén verantwoordelijkheid rust, ook geen aansprakelijkheid kan worden aangenomen? Ik denk inderdaad dat indien een individuele bestuurder voor een kwestie niet verantwoordelijk kan worden geacht, men moeilijk tot een aansprakelijkheid van die bestuurder kan komen.

Wat betreft de koppeling tussen *individuele* verantwoordelijkheid en *collectieve* verantwoordelijkheid, heb ik de indruk dat we in de loop der tijd het begrip collectieve verantwoordelijkheid steeds meer gelijk zijn gaan stellen met een even grote en gelijke individuele verantwoordelijkheid voor het collectief. Met andere woorden, waar sprake is van een collectieve verantwoordelijkheid wordt geacht hieruit ook een individuele verantwoordelijkheid van alle leden van het collectief voort te vloeien.⁵ In dat kader worden ook wel vragen gesteld naar de wenselijkheid van zo'n collectieve verantwoordelijkheid.

Tegen deze achtergrond wil ik eerst bezien wat precies onder het begrip collectieve verantwoordelijkheid wordt verstaan.

2. Collectieve verantwoordelijkheid

In de oudere literatuur wordt het begrip collectieve verantwoordelijkheid van het bestuur met name benaderd vanuit de visie dat de bestuurstaak in beginsel een taak is van de gezamenlijke bestuurders. Zo stelt Löwensteyn in zijn dissertatie dat de werkzaamheden van het bestuur ook verricht mogen worden onder leiding van het bestuur door personen die het bestuur daartoe aanwijst, bij voorkeur een delegatie aan de afzonderlijke bestuurders. Daarbij geldt evenwel dat de gedelegeerde bevoegdheden ter beschikking blijven van het bestuur. Bovendien blijven zij die door het bestuur met een deel van de bestuurstaken zijn belast, onderworpen aan het gezag van het bestuur. Het bestuur is de instantie die het handelen van de afzonderlijke bestuurders tot één beleid coördineert. Daarbij geldt volgens Löwensteyn dat de gezamenlijke bestuurders aan de afzonderlijke bestuurders instructies kunnen geven met betrekking tot de wijze waarop de hun opgedragen taak moet worden gevuld. Dit gezag kan door het bestuur niet uit handen worden gegeven.⁶ En het bestuur kan steeds vorderen dat over een kwestie die in beginsel tot de 'portefeuille' van een andere bestuurder behoort, door het bestuur als zondanig wordt beslist.⁷

⁵ Zo is tijdens de parlementaire behandeling van de art. 2:138/248 lid 3 BW gewezen op de collectieve verantwoordelijkheid en de *daaruit voortvloeiende* hoofdelijke aansprakelijkheid, aldus Asser/Maeijer/Van Solinge & Nieuwe Weme 2-II* 2009, nr. 460 (cursivering toegevoegd).

⁶ F.J.W. Löwensteyn, *Wezen en bevoegdheid van het bestuur van de vereniging en de naamloze vennootschap*, 1959, pag. 36-37 en pag. 41, en van Schilf-gaarde/Winter, *Van de BV en de NV*, 2009, nr. 42.

⁷ Ik aarzel of dat ook door iedere individuele bestuurder kan worden gevorderd, zoals wordt gesteld in Van Schilf-gaarde/Winter, t.a.p.

Aldus bezien is het ook de plicht van het bestuur als collectief om het gezag of het toezicht uit te oefenen op de vervulling van de taken door de afzonderlijke bestuurders (ook wel *Überwachungspflicht* genoemd), en over de vervulling van deze taken door de individuele bestuurders te coördineren, met inbegrip van de uitwisseling van informatie.⁸ Daarnaast zullen er bepaalde bestuursbesluiten zijn, die vanwege hun importantie of hun centrale karakter door het collectief bestuur niet aan een individuele bestuurder kunnen worden gedelegeerd.

Ik heb het hier over de verantwoordelijkheid van het bestuur als collectief. Ik kom later terug op de vraag wat dit nu voor het individuele lid van dit collectief betekent.

3. Het afleggen van verantwoording door het collectief

Het bestuur is in ieder geval als collectief verantwoordelijk voor de vervulling van de bestuurstaak, en is daarover verantwoording verschuldigd. Voorts geldt dat iedere bestuurder afzonderlijk verantwoordelijk is voor zijn aandeel in het bestuur.⁹ Op welke manier wordt in de praktijk verantwoording door het bestuur afgelegd bij de verschillende verantwoordingsvormen?

Een belangrijke vorm van verantwoording door het bestuur is de jaarrekening en het jaarverslag. Deze worden beide door het collectief getekend.

Een andere vorm van verantwoording is het beantwoorden van vragen in de aandeelhoudersvergadering. Vragen plegen daar te worden beantwoord namens het collectief door het bestuurslid op wiens portefeuille de vraag betrekking heeft.

Hetzelfde geldt bij de beantwoording van vragen namens het bestuur wanneer dit orgaan verantwoording aflegt aan de raad van commissarissen. Ook kan het voorkomen dat vragen worden beantwoord door de voorzitter van het bestuur, als een soort teamleider die zich voor het geheel verantwoordelijk voelt. Wat men echter niet snel ziet, is dat de vragen door een bestuurder (anders dan de voorzitter) worden beantwoord indien die betrekking hebben op de portefeuille van een ander bestuurslid. Die gang van zaken zou ook bevreemding wekken.

Men ziet dus in de praktijk dat het bestuur als collectief verantwoording aflegt en dat iedere bestuurder afzonderlijk verantwoording aflegt voor zijn aandeel daarin. Men ziet echter niet snel dat een bestuurder verantwoording aflegt over een ander z'n aandeel in het bestuur. Anders gezegd, de verantwoordelijkheid van het collectief, de collectieve verantwoordelijkheid, wordt in de praktijk niet opgevat als een individuele verantwoordelijkheid voor het geheel. Althans een verantwoording terzake wordt van het individu niet gevraagd.

⁸ Löwensteijn, a.w., pag. 45-46.

⁹ Zie Asser/Maeijer/Van Solinge & Nieuwe Weme 2-II* 2009, nr. 439 met verwijzing naar HR 4 december 1992, NJ 1993, 271 (Mast Holding): "Verantwoordelijkheid moet worden betrokken op de bestuursfunctie die men bekleedt, zij is functioneel bepaald".

4. Van collectieve naar individuele verantwoordelijkheid

We komen vervolgens aan bij de vraag in hoeverre een verantwoordelijkheid van het bestuur als collectief, één op één doorgeschoven wordt naar ieder individueel lid van dat collectief. Anders gezegd, betekent de verantwoordelijkheid van het bestuur als collectief dat *daarmee* ook in beginsel ieder bestuurslid verantwoordelijk is?

Vooropgezet zij dat de tekst van het huidige art. 2:9 BW in de tweede zin geen aanleiding geeft dit te veronderstellen. Die vangt immers aan met de als voorwaarde geformuleerde zinsnede: “Indien het een aangelegenheid betreft die tot de werkring van twee of meer bestuurders behoort ...”, waarna de bepaling inzake hoofdelijke aansprakelijkheid volgt.¹⁰

Strik heeft in haar dissertatie al aangetoond dat uit de wetsgeschiedenis juist volgt dat bestuurders als uitgangspunt niet aansprakelijk zijn voor zaken die niet tot hun werkring behoren. De werkring is – zoals zij het stelt – een constitutief vereiste voor aansprakelijkheid.¹¹

Maar ook in de oudere literatuur wordt deze benadering gevolgd. Zo stelt Visser in 1929: “*Of een aangelegenheid al dan niet tot den werkring van meer bestuurders behoort, hangt af van de werkverdeling, zoals die feitelijk bestaat (...), hetzij doordat de vennootschap die werkverdeling aan bestuurders heeft overgelaten.*”¹²

Knol schrijft in 1936 dat men in de desbetreffende wetsbepaling een omkering van de bewijslast heeft willen zien, maar dat dit niet terecht is: de vennootschap moet wanneer zij een bestuurder hoofdelijk aansprakelijk wenst te stellen, stellen en bewijzen dat de aangelegenheid waardoor de schade is ontstaan, mede tot de taak van de aangesprokene behoorde.¹³ Hij wordt daarin gesteund door (de eerste druk van) het Handboek.¹⁴ Löwensteyn schrijft in 1959 dat de bestuurder ook aansprakelijk kan zijn voor het wanbeleid van zijn medebestuurders; dit is volgens hem (slechts) het geval “*wanneer dit door juiste gezagsuitoefening en goed toezicht en overleg voorkomen had kunnen worden.*”^{15,16}

10 Weliswaar betreft het laatste *aansprakelijkheid* en niet *verantwoordelijkheid*, maar het doet enigszins kunstmatig aan om hier de scheidslijn te leggen.

11 Ik haal aan een door haar genoemd citaat uit de Memorie van toelichting bij de voorganger van de huidige bepaling, in art. 31 lid 2 Wet op de Coöperatieve Verenigingen: “*Er is dan eene collectieve verantwoordelijkheid, met dien verstande echter, dat de bestuurder (commissaris) die bewijst geen schuld te hebben, vrijuit gaat. Betreft het eene aangelegenheid, welke behoort tot den werkring van een bestuurder (commissaris) dan staan uiteraard de anderen buiten de zaak.*”

En uit de Memorie van toelichting bij art. 47c van het Wetboek van Koophandel (een meer recente voorganger van de huidige bepaling): “*Wil het bestuur aangesproken kunnen worden, dan moet [...] er zijn eene collectieve tekortkoming. De collectiviteit wordt daarbij gevormd door de bestuurders tot wier werkring de aangelegenheid behoort.*” Daniëlla A.M.H.W. Strik, Grondslagen bestuurdersaansprakelijkheid, (dissertatie Erasmus Universiteit Rotterdam), 2010, pag. 88 -89.

12 J.G. Kist, Beginselen van Handelsrecht volgens de Nederlandsche Wet, de naamloze vennootschap (door L.E. Visser), Den Haag 1929, pagina 238.

13 H.D.M. Knol, Civielrechtelijke aansprakelijkheid van directie en commissarissen van naamloze vennootschappen volgens Nederlandsch Recht (dissertatie VU), Zwolle 1936, pag. 99.

14 Handboek, 1^e druk 1929, pag. 286-287.

15 “Bestuurders die vergaderingen van het bestuur verzuimen, of zich daar geheel passief gedragen, kunnen dus onder omstandigheden mede-verantwoordelijk gesteld worden voor het wanbeleid der overigen”, met verwijzing naar andere literatuur; Löwensteyn, a.w., pag. 46.

16 Het arrest Mast Holding (HR 4 december 1992, NJ 1993, 271) leidt naar mijn mening op zich ook niet tot een andere benadering. Daarin werd slechts gesteld dat hoezeer het bestuur berust bij bestuurders gezamenlijk, iedere bestuurder afzonderlijk verantwoordelijk is tegenover de algemene vergadering van aandeelhouders voor zijn aan-

Ik noem nog dat in de 10^e druk (1984) van het Handboek, wordt gesteld stelt dat uitgangspunt moet zijn dat de bestuurstaak in haar geheel een taak is van de gezamenlijke bestuurders, dus tot ieders werkring behoort. Maar daarop volgt: “Van een splitsing van de taak kan slechts sprake zijn bij de uitvoering van het algemene bestuursbeleid, niet bij de bepaling van dit beleid.”¹⁷ Hier wordt een onderscheid gemaakt tussen de bepaling van het bestuursbeleid, en anderzijds de uitvoering daarvan.

Opvallend is overigens dat de materie van individuele versus collectieve verantwoordelijkheid in de literatuur weinig aandacht geniet, maar dat geldt ook meer algemeen voor het onderwerp van bestuurder en bestuurstaak.¹⁸

5. Individuele verantwoordelijkheid: wat komt redelijk voor?

Laten we eens een stap achteruit doen om te bezien wat redelijk voorkomt om tot de verantwoordelijkheid van een individuele bestuurder te rekenen. Uitgangspunt is uiteraard de bestuurstaak die aan het collectief bestuur is opgedragen. Een praktisch gegeven zal zijn dat het bestuur, als samenstel van individuele personen, periodiek bij elkaar komt in een vergadering, voor uitwisseling, overleg en besluitvorming, in het kader van de wilsvorming van het orgaan.

Het komt me voor dat een voorwaarde om iets tot de individuele verantwoordelijkheid van een bestuurder te rekenen, is dat die aangelegenheid “op de bestuurstaafel” is geweest, of er redelijkerwijs op had moeten komen.

Terzijde vermeld ik dat die link met de bestuurstaafel ook terugkomt in de toelichting van het voorgestelde art. 2:9, waar (met betrekking tot het monistisch bestuursmodel) wordt gesteld dat bestuurders die niet met de dagelijkse gang van zaken zijn belast, evenzeer deelnemen aan de besluitvorming over onderwerpen die de dagelijkse gang van zaken betreffen en daarmee daarvoor ook verantwoordelijk zijn.¹⁹ Dus de motivatie voor de in het artikel gestelde individuele verantwoordelijkheid voor besluiten van het bestuur, is de deelname aan de besluitvorming.

Omgekeerd lijkt me dat het moeilijk is om te spreken van de verantwoordelijkheid van een individuele bestuurder, indien het onderwerp niet ter tafel is geweest of redelijkerwijs had moeten zijn geweest.

deel in het bestuur en dus voor zijn aandeel in dit beleid. Daarmee werd door de Hoge Raad stelling genomen tegen de opvatting dat – in de woorden van de Hoge Raad – in het geval waarin het bestuur van de vennootschap bestaat uit een aantal personen, een individuele bestuurder niet verantwoordelijk is voor het gezamenlijk gevoerde beleid. Deze opvatting wordt weersproken; omgekeerd geldt de verantwoordelijkheid van een individuele bestuurder in de woorden van ons hoogste rechtscollege slechts “voor zijn aandeel” daarin.

17 Pag. 498. Deze passage komt als zodanig niet terug in de 12^e druk van 1992. Wel wordt daarin verdedigd dat collectieve aansprakelijkheid slechts bestaat voor het falen van het bestuur (als collectief) en niet indien het verwijt uitsluitend een individuele bestuurder betreft (p. 458).

18 De in 1989 verschenen dissertatie van Huizink, *Bestuurders van rechtspersonen*, behandelt niet echt de vraag naar de verhouding van de individuele verantwoordelijkheid tot de collectieve verantwoordelijkheid.

19 Memorie van toelichting, p. 8. Overigens rijst de vraag of feitelijk wel juist is de stelling dat bestuurders die niet met de dagelijkse gang van zaken zijn belast, wel deelnemen aan de besluitvorming over onderwerpen die de dagelijkse gang van zaken betreffen. Ik betwijfel dat zeer. Wordt hier niet veeleer bedoeld op besluitvorming rond de *algemene* gang van zaken, als ook genoemd in het voorgestelde tweede lid van art. 9?

Dat brengt ons tot de vraag welke zaken op de bestuurstafel thuishoren.

Teruggrijpend op de eerdergenoemde taken van het bestuur als collectief, komt het m.i. daarbij aan op de vraag wat op de bestuurstafel had thuisgehoord uit oogpunt van toezicht, overleg, coördinatie, importantie of anderszins. Alvorens hierop in te gaan, wil ik bezien welke lijn wordt gevolgd in het ontwerp voor art. 2:9 en de toelichting daarop.

6. Individuele verantwoordelijkheid volgens het ontwerp

De Memorie van toelichting van het wetsontwerp zegt dat iedere bestuurder verantwoordelijk blijft voor de taakuitoefening door het bestuur, en dat dus een taakverdeling daarop geen invloed heeft.²⁰ Zie ik het goed, dan blijft daarmee de individuele bestuurder geheel verantwoordelijk in de mate dat het bestuur collectief verantwoordelijk is. Dat gaat naar mijn idee veel te ver. Je kunt de verantwoordelijkheid van het bestuur als collectief bij een taakverdeling niet zonder meer één op één doorschuiven naar ieder individueel lid van dat collectief. Dat het op zich tot absurde resultaten kan leiden, blijkt indien we de besluitvorming rond de vaststelling van de bezoldiging van de uitvoerende bestuurders bezien, ingeval van een scheiding tussen uitvoerende en niet-uitvoerende bestuursleden. Volgens het voorgestelde art. 129 a lid 2 nemen de uitvoerende bestuurders niet deel aan de besluitvorming over het vaststellen van de bezoldiging van uitvoerende bestuurders. Indien een individueel bestuurder aldus wettelijk is uitgesloten van besluitvorming over een onderwerp, kan het niet zo zijn dat hij toch verantwoordelijk voor dat besluit wordt gehouden.

In het parlement is over deze benadering ook verwondering uitgesproken. Het gewijzigd amendement Weekers beoogt “de ongerijmde situatie (te) voorkomen – die door het wetsvoorstel dreigt te ontstaan – dat een bestuurder verantwoordelijk wordt gehouden voor onbehoorlijk bestuur voor een aangelegenheid die op grond van een statutaire taakverdeling niet tot zijn competentie behoort.”²¹

In het verslag van de Vaste Kamercommissie voor Justitie van de Eerste Kamer wordt gesteld dat het gewrongen aandoet dat in het voorgestelde art. 2:9 tot uitdrukking wordt gebracht dat een bestuurder in beginsel aansprakelijk is voor onbehoorlijk bestuur ten aanzien van een aangelegenheid die niet behoort tot het takenpakket van een bestuurder.²²

Overigens is opvallend de constructie die in het ontwerp wordt gevolgd om te bewerkstelligen dat een door een bestuurder binnen zijn portefeuille genomen besluit onder de verantwoordelijkheid valt van het bestuur als collectief. Daartoe bepaalt het voorgestelde art. 129a lid 3 dat bij of krachtens statuten kan worden bepaald dat een individuele bestuurder besluiten kan nemen omtrent zaken die tot

²⁰ Op p. 8.

²¹ TK 2009-2010, 31 763, nr. 21.

²² EK 2009-2010, 31 763, B, p. 3.

zijn taak behoren; alsdan wordt het besluit toegerekend aan het bestuur als collectief en wordt het collectief daarvoor verantwoordelijk.²³ In de visie van de opstellers van het ontwerp is zo'n grondslag bij/krachtens statuten blijkbaar nodig om het bestuur als collectief verantwoordelijk te maken voor het besluit van een individuele bestuurder.²⁴ Omgekeerd zou dat betekenen dat het collectieve bestuur dan niet verantwoordelijk is bij gebreke van zo'n grondslag.²⁵ En hetzelfde zou dan lijkt me gelden voor besluiten onder het bestuursniveau genomen, waarvoor het bestuur als orgaan dan ook niet verantwoordelijk zou zijn. Op deze manier wordt de verantwoordelijkheid van het bestuur als collectief wel erg ingeperkt, en de route daartoe wel erg verleidelijk gemaakt; hetzelfde geldt voor een eventueel daaruit voortvloeiende verantwoordelijkheid van de individuele leden van het bestuur. Mijns inziens geldt een veel grotere reikwijdte van de verantwoordelijkheid van het collectieve bestuur; zie hiervoor § 2.

Ik refereerde hier aan de toelichting. De tekst zelf van het voorgestelde art. 2:9 biedt wellicht een ruimere benadering, indien die van een drastisch andere toelichting zou worden voorzien.

7. Andere lezing van het nieuwe artikel 9; geen verantwoordelijkheid bij toedeling van taken aan anderen

Indien de toelichting daarop zou worden aangepast, kan het voorgestelde art. 9 lid 1 en lid 2 op zich een goed aanknopingspunt bieden voor een afbakening van de verantwoordelijkheid van de individuele bestuurder. Tot die verantwoordelijkheid behoren:

- alle bestuurstaken die niet bij of krachtens de wet of de statuten aan een of meer andere bestuurders zijn toebedeeld; dit wordt volgens lid 1 gerekend tot de taak van die bestuurder;
- de algemene gang van zaken, waarvoor elke bestuurder verantwoordelijkheid draagt ingevolge het voorgestelde lid 2.

Laten we deze twee onderdelen van de verantwoordelijkheid van de individuele bestuurder nader beschouwen.

23 Zie hierover in het bijzonder de Nota naar aanleiding van het verslag, TK 2008-2009, 31 763, nr. 6, p. 13, met vermelding van de plicht van de betrokken bestuurder om zijn medebestuurders over zo'n besluit te informeren.

24 Terzijde: opvallend is dat ook hier aanknopingspunt wordt gezocht door de opstellers van het ontwerp met de besluitvorming van het orgaan (resp. de toerekening daaraan) teneinde van een verantwoordelijkheid van de leden van het orgaan te kunnen spreken.

25 En zou het betrokken besluit de facto ook worden onttrokken aan het toezicht door het bestuur als collectief op de taakuitoefening door de individuele bestuurder.

Uit de taakstelling van het eerste lid volgt wat betreft de verantwoordelijkheid van de individuele bestuurder, het voorbehoud “voor zover niet aan anderen toebedeeld”.²⁶

Wat betreft de toebedeling van taken aan anderen, kan de vraag rijzen naar het vormvereiste dat voor zo’n toebedeling geldt. Het voorgestelde art. 129 a stelt in lid 1 dat een verdeling van bestuurstaken over enerzijds uitvoerende en anderzijds niet-uitvoerende bestuurders statutair dient te geschieden. Voor zo’n statutair vereiste is wat te zeggen waar het gaat om zo’n principieel verschil tussen bestuurstaken.

Maar voor het overige ben ik van mening dat zo’n toebedeling mogelijk dient te zijn in een reglement, maar ook in een bestuursbesluit, bijvoorbeeld in de vorm van een ad hoc delegatie van besluiten aan een bepaalde bestuurder.²⁷

Hoe het ook zij, ingevolge het voorgestelde art. 9 lid 1 vormt toebedeling aan anderen een belangrijke uitsluitingsgrond voor de verantwoordelijkheid van een individuele bestuurder wat betreft ‘alle bestuurstaken’, als in dit lid genoemd.

8. Andere lezing van het nieuwe artikel 9; wel verantwoordelijkheid voor ‘algemene gang van zaken’

Een tweede element van de individuele verantwoordelijkheid is evenwel “de algemene gang van zaken van lid 2”. Niet op voorhand duidelijk is wat hieronder moet worden verstaan. Ook de toelichting biedt hier weinig verlichting. Wanneer deze “algemene gang van zaken” van lid 2 wordt afgezet tegen de in lid 1 genoemde “alle bestuurstaken” voor zover niet aan anderen toebedeeld, lijkt het verschil tussen beiden te zijn, dat wat Strik als volgt duidt: “*Bij een meerkoppig bestuur zal de bestuurstaak een bepaalde mate van collectiviteit inhouden; er zal overleg gevoerd moeten worden en belangrijke zaken zullen in onderling overleg worden besloten*”.²⁸

Dat brengt me terug naar de taken die ik in § 2 heb genoemd als plicht van het collectief ingeval van gedelegeerde bevoegdheden. Allereerst noem ik het toezicht op collega bestuurders, de Überwachungspflicht. Belangwekkend is wat Löwensteyn stelt met betrekking tot de juiste gezagsuitoefening en goed toezicht en overleg. In zijn visie gaat het niet om een risicoaansprakelijkheid; ook bij voldoende toezicht en overleg kan de bestuurder veel ontgaan. Als voorbeelden noemt hij ziekte of gerechtvaardigde afwezigheid, alsook de situatie dat medebestuurders weigeren aan uitoefening van gezag (van het bestuurscollectief) mee te werken.

26 Met name bij rechtspersonen die een onderneming drijven, zal vaak gelden dat er een portefeuilleverdeling is gemaakt. Dit is wellicht anders bij niet-commerciële rechtspersonen of bij een niet-dagelijks bestuur, zoals bijvoorbeeld het bestuur van een ondernemingspensioenfonds waarbij het dagelijks management in handen is van een management team dat geen deel uitmaakt van het statutair bestuur.

27 Ik teken daarbij aan dat je kunt twisten over de vraag in welke mate een structurele portefeuilleverdeling voor derden kenbaar moet zijn; in negatieve zin de minister in de Nota naar aanleiding van het verslag, TK 2008-2009, 31 763, nr. 6, p. 13. Die kenbaarheid voor derden lijkt inderdaad niet nodig nu het bij art. 2:9 gaat om een interne aansprakelijkheid. De portefeuille verdeling moet uiteraard wel intern duidelijk zijn.

28 A.w., p. 85

Ik noem ook de eerdergenoemde taken van coördinatie en overleg en uitwisseling. Deze zijn in zekere mate een voorwaarde tot uitoefening van het toezicht op de andere bestuurders. Maar zonder overleg en uitwisseling kan ook moeilijk tot een coherent bestuursbeleid van het bestuur als collectief worden gekomen. Het geheel kan gevat worden in de term ‘bestuurlijk toezicht’.²⁹

9. Importante besluiten

Voorts zijn er zaken die vanwege hun importantie op de bestuurstafel thuishoren. Strik spreekt van bepaalde taken die dwingend tot de werkring van alle bestuurders behoren.³⁰ Aan welke zaken is daarbij te denken?

Het komt me voor dat daartoe in elk geval behoort de bepaling van de strategie. Dit is wellicht ook ingegeven door de voorbeelden die we de afgelopen tijd hebben gezien van strategiewijzigingen van ondernemingen, en van de situaties die ontstaan indien niet (tijdig) aan door aandeelhouders gewenste wijzigingen in de strategie wordt tegemoet gekomen.³¹

Eveneens behoren daartoe transacties, overnames, afstotingen en samenwerkingsverbanden van relatief grote waarde of die aanzienlijke strategische implicaties hebben.

Voorts zal het financiële beleid in hoofdlijnen ook op de bestuurstafel thuishoren. Daarbij maak ik direct de kanttekening dat aangelegenheden, zoals het financiële beleid, dusdanig complex kunnen zijn dat een bijzondere deskundigheid nodig is om daar wat zinnigs over te kunnen zeggen.³² En men kan als bestuurslid nu eenmaal niet op alle gebieden deskundig zijn. Tegen die achtergrond bepleit ik dat ook als een kwestie ter besluitvorming op de bestuurstafel is geweest, er nog een verschil is in verantwoordelijkheid tussen de portefeuillehouder, die het voorstel heeft gedaan en heeft voorbereid, en de andere bestuursleden. Deze laatste moeten naar mijn mening voor een groot deel op de juistheid van het in de vergaderstukken gestelde af kunnen gaan. Zo zal ingeval van een voorgestelde aandelenemissie bij een beursvennootschap de collega-bestuurder moeten kunnen afgaan op de juistheid van de door de Chief Financial Officer gestelde wenselijkheid om dit financieringsinstrument te kiezen, in plaats van bijvoorbeeld een convertibele obligatie. Hetzelfde geldt bij het bestuursbesluit tot vaststelling van een bepaalde emissieprijs.

²⁹ De term ‘bestuurlijk toezicht’ wordt hier gehanteerd in de context van het bestuur van privaatrechtelijke rechtspersonen, en is te onderscheiden van het begrip bestuurlijk toezicht in het bestuursrecht.

³⁰ A.w., p. 91.

³¹ In 1988 daarentegen bepleitte A.G. van Solinge de mogelijkheid van een taakverdeling binnen het bestuur die samenhangt met het onderscheid tussen strategische en operationele besluitvorming; A.G. van Solinge, De juridische structuur van de vennootschappelijke top, in: Van vennootschappelijk belang (Maeijer-bundel), Zwolle, 1988, p. 307 e.v. op p. 310.

³² Ik heb hierbij met name de beursvennootschap voor ogen. Voor bijvoorbeeld een kleine familie BV kan dit geheel anders liggen.

10. Hoe verder met de collectieve bestuursverantwoordelijkheid?

Welke kant gaan we op met de collectieve bestuursverantwoordelijkheid?

Met instemming verwijs ik naar Timmerman die stelt dat collectieve verantwoordelijkheid voor het bestuursbeleid het uitgangspunt is en dat ook moet blijven. In zijn rede over de grondslagen van geldend ondernemingsrecht, spreekt hij de verwachting uit dat de kwestie van de collegiale besluitvorming in de komende jaren een van de grote issues in het vennootschapsrecht wordt.³³

Zie ik het goed dan verstaat hij onder het beginsel van de collegiale bestuursverantwoordelijkheid, dat de bestuurstaak in beginsel een taak van het gehele college is, en dat geen bestuurder kan worden uitgesloten van de bestuurstaak, alsmede dat een bepaalde bestuurder niet zoveel stemmen kan hebben dat hij de andere bestuurders kan overrulen.³⁴ Als uitwerking voeg ik daar aan toe dat in geval van delegatie van bepaalde taken aan een afzonderlijke bestuurder, de gedelegeerde bevoegdheden ter beschikking blijven van het bestuur en dat het bestuur steeds kan vorderen dat een kwestie die binnen de gedelegeerde bevoegdheid valt, door het bestuur als zodanig wordt beslist. Voorts blijft de afzonderlijke bestuurder bij het uitoefenen van de aan hem gedelegeerde bestuurstaken, onderworpen aan het bestuurlijk toezicht.³⁵

Dat toezicht door het collectieve bestuur over de individuele bestuurders, wordt in feite door De Kluiver benadrukt wanneer hij meer aandacht bepleit voor een collegiaal *toezicht* binnen en door het bestuur, in plaats van een collegiale *besluitvorming*. Met verwijzing naar met name uitspraken van de Ondernemingskamer en de Hoge Raad, onderstreept hij nog eens het belang van de vraag naar de kwaliteit van de besluitvorming en de kwaliteit van de aan de besluitvorming ten grondslag liggende informatie. In zijn benadering verschuift de betekenis van het collegialiteitsbeginsel van (gezamenlijke) besluitvorming, naar (gezamenlijk) toezicht op (de kwaliteit van) de besluitvorming van individuele bestuurders.³⁶ In mijn benadering valt dit reeds onder het door het collectief bestuur uit te oefenen gezag of toezicht over de individuele bestuurders. Gezien de grotere eisen die de afgelopen decennia aan behoorlijke besluitvorming zijn gesteld, zal dit gezag alleen maar aan gewicht (moeten) toenemen, juist omdat – zoals De Kluiver stelt – aspecten als zorgvuldige voorbereiding van besluiten, en het in kaart brengen en afwegen van alternatieven bij gedelegeerde besluitvorming door een individuele bestuurder in de praktijk mogelijk eerder in het gedrang kunnen komen dan ingeval van een besluit dat door meerdere personen gezamenlijk wordt genomen.³⁷ In die zin is bepaald wat te zeggen voor de visie van De Kluiver dat bij een enigszins substantieel besluit van een individuele bestuurder binnen de aan hem gedelegeerde bevoegdheid, hij daarover zijn collega bestuurders voorafgaand aan het besluit informeert, opdat zij nog in

³³ Timmerman, a.w., p. 10.

³⁴ T.a.p.

³⁵ Zie hiervoor § 2 en 8.

³⁶ H.J. de Kluiver, Van collegiale besluitvorming naar collegiaal toezicht, in: P. Essers e.a. (red.), Met Recht (Raaijmakers-bundel), Deventer 2009, p. 253 e.v.; zie met name p. 259-261.

³⁷ De Kluiver, p. 260.

staat zijn om in ieder geval argumenten aan te reiken die tot een heroverweging van het door het bestuur voorgenomen handelen kunnen leiden.³⁸ Ik voeg daaraan toe dat dit er ook toe zou moeten kunnen leiden dat het collectief bestuur beslist om het betrokken besluit aan zich te trekken.³⁹

Het zijn typisch punten die in het kader van de uitwisseling van informatie aan de orde kunnen komen.

11. Collegiaal bestuur: pijler van gezamenlijke besluitvorming en pijler van bestuurlijk toezicht

Overigens benadrukt De Kluiver bij zijn karakterisering van het collegialiteitsbeginsel nogal dat dit beginsel betekent dat het bestuur geacht wordt gezamenlijk tot besluitvorming over het bestuur van de rechtspersoon te komen. Daarbij noemt hij direct als probleem dat met enige regelmaat in statuten en reglementen bepalingen worden opgenomen die leiden tot een versterkt stemrecht voor een of meer bestuurders.⁴⁰ Ik zou het collegialiteitsbeginsel wat breder karakteriseren, als inhoudend dat het bestuur als collectief verantwoordelijk is voor het besturen van de rechtspersoon. Aan die verantwoordelijkheid wordt dan invulling gegeven door twee pijlers. De eerste pijler is die van het ter beschikking blijven van het bestuur en het onder het gezag van het bestuur vallen van aan afzonderlijke bestuurders gedelegeerde bevoegdheden. De tweede pijler bestaat uit de gezamenlijke besluitvorming van alle bestuurders in alle overige bestuurszaken (met in begrip van de besluitvorming ten aanzien van de mate en wijze van delegatie zelf). In die benadering – die voor een deel wellicht slechts semantisch verschilt van die van De Kluiver – is het concept van het aloude Weismuller-arrest, dat een besluit tot stand dient te komen ‘als vrucht van onderling overleg’⁴¹ niet aan de orde bij de portefeuillevdeling binnen het bestuur, en staat een versterkt stemrecht voor een of meer bestuurders evenmin haaks op het collegialiteitsbeginsel; het betreft dan een verdeling van bevoegdheden binnen het orgaan die niet afdoet aan de collectieve verantwoordelijkheid voor die delegatie en voor de uitoefening van de gedelegeerde bevoegdheden door de individuele bestuurder.

Als men daarbij al wil spreken van een ‘erosie’ waaraan het beginsel van collectieve verantwoordelijkheid van het bestuur onderhevig is vanwege de grotere ruimte die de laatste jaren is gekomen voor taakverdelingen binnen het bestuur,⁴² dan leidt dit naar mijn mening alleen maar tot een toename aan gewicht van de ‘Überwachungspflicht’ en het gezag dat door het bestuur collectief wordt uitgeoefend; met andere woorden een verschuiving van de ene pijler naar de andere pijler.

³⁸ Zie De Kluiver, p. 258-259.

³⁹ Mogelijk vervaagt hier de grens met belangrijke besluiten waarover sowieso door het collectieve bestuur moet worden besloten.

⁴⁰ Zie De Kluiver, p. 255.

⁴¹ Als door De Kluiver genoemd op p. 260.

⁴² Zie Timmerman, p. 10.

12. Bestuurlijk toezicht en toezicht door raad van commissarissen

Terzijde vermeld ik nog dat ‘Überwachung’, of het gezag of toezicht door het collectieve bestuur op de uitvoering door de individuele bestuurder van de aan hem gedelegeerde taken, niet gelijkgesteld kan worden met het toezicht dat wordt uitgeoefend door de raad van commissarissen. Het toezicht dat door het collectieve bestuur wordt uitgeoefend, vloeit voort en is onderdeel van de bestuurstaak; de mate, diepte en omvang van het gezag moet daaraan worden gerelateerd. Van een andere orde is het toezicht dat door de raad van commissarissen wordt uitgeoefend ingevolge de aan hem opgedragen algemene toezicht- en adviestaak.^{43,44} Overigens zal hetgeen in deze bijdrage is gesteld ten aanzien van de collectieve bestuursverantwoordelijkheid, in grote mate ook - mutatis mutandis - gelden voor de collectieve verantwoordelijkheid van de raad van commissarissen voor de uitoefening van de aan dit orgaan opgedragen taken.⁴⁵

Dit neemt niet weg dat onder bepaalde omstandigheden de toezichttaken van de raad van commissarissen zeer ver kunnen strekken. Zo acht ik het niet ondenkbaar dat bijvoorbeeld bij een beursvennootschap onder omstandigheden de verantwoordelijkheid van de leden van het audit committee voor wat betreft het toezicht op het bestuur ten aanzien van de financiële informatieverschaffing door de vennootschap, mede gelet op bepalingen van de Corporate Governance Code op dit punt, verder kan strekken dan de verantwoordelijkheid daarvoor van een individuele bestuurder (bijvoorbeeld de Chief Operating Officer), niet zijnde de CEO of CFO, ook gezien de expertise eisen die aan het audit committee door de Code worden gesteld. Een en ander zal sterk van de omstandigheden afhangen; de samenstelling en expertise van bestuur en raad van commissarissen zal van onderneming tot onderneming, alsook van tijd tot tijd sterk verschillen.

13. Afronding

Een systeem van individuele aansprakelijkheid van bestuurders moet reëel zijn. Het dient ook aan te sluiten bij wat als een individuele *verantwoordelijkheid* van die bestuurder moet gelden. En ook die beoordeling dient naar mijn mening reëel te zijn. Anders wekt men al snel de indruk een schijnwereld op te bouwen in de regelgeving.

⁴³ Vergelijk De Kluiver, p. 261.

⁴⁴ Elders heb ik gesteld dat bij de beursvennootschap ten aanzien van de algemene gang van zaken en het beleid, in beginsel gesproken kan worden van een gezamenlijke verantwoordelijkheid van het bestuur en de raad van commissarissen, in die zin dat het een totaalprodukt is van de inbreng van beide organen. Maar de verantwoordelijkheid van ieder van deze organen zal een andere inhoud of invulling hebben, gezien het verschil in de inhoud van ieders taken; zie Van verantwoording en verslag van commissarissen, in: P. Essers e.a. (red.), *Met Recht* (Raaijmakers-bundel), Deventer 2009, p. 511 e.v.

⁴⁵ Ook binnen de raad van commissarissen kan een taakverdeling gelden. Voor de beursvennootschap wordt in de Corporate Governance Code uitgegaan van een taakverdeling binnen de raad van commissarissen; zie best practice bepaling III.1.1.

We moeten afstappen van de gedachte dat wat als de verantwoordelijkheid van het bestuur als collectief geldt, *daardoor* ook als individuele verantwoordelijkheid geldt. Ik heb de indruk dat we in die redenering in de loop der tijd veel te ver zijn doorgeschoten. Het begrip collectieve verantwoordelijkheid moet veel meer worden opgevat als de notie dat het bestuur als collectief verantwoordelijk is en blijft voor de uitoefening van de bestuurstaken, ook als die op bepaalde gebieden zijn gedelegeerd aan een of meer bestuurders, of aan medewerkers die aan het bestuur ondergeschikt zijn. Die collectieve verantwoordelijkheid impliceert een bestuurlijk toezicht op de uitoefening van de aan een individuele bestuurder gedelegeerde taken en bevoegdheden. Dit bestuurlijk toezicht betekent ook dat het collectief bestuur een bepaald besluit – ondanks de delegatie – aan zich kan trekken. Voorts omvat het een plicht tot coördinatie, overleg en informatie uitwisseling.

Het voorgestelde art. 2:9 gaat blijkens de toelichting uit van de gedachte dat de individuele bestuurder geheel verantwoordelijk is in de mate dat het bestuur als collectief verantwoordelijk is. Dat gaat naar mijn idee veel te ver; de verantwoordelijkheid van het bestuur als collectief kan bij een taakverdeling niet zonder meer één op één worden doorgeschoven naar ieder individueel lid van dat collectief. Dat verhoudt zich m.i. niet met de beleving daarvan in de realiteit, niet bij de bestuurders, maar ook niet bij derden.

Als meer redelijk komt voor om als uitgangspunt voor een individuele verantwoordelijkheid te nemen – naast de krachtens portefeuilleverdeling aan de betrokken bestuurder toebedeelde taken - die aangelegenheden die ‘op de bestuurstafel’ zijn geweest of redelijkerwijs hadden moeten komen. Naast belangrijke besluiten, die qua gewicht en verstrekkendheid bij het collectief thuishoren, gaat het om het toezicht van het collectief op de uitoefening van de gedelegeerde bevoegdheden, met inbegrip van informatie uitwisseling en overleg. Op zich laat de voorgestelde tekst van het nieuwe art. 2:9 toe daaraan deze invulling te geven; dan is echter wel een substantieel andere toelichting nodig.

Overigens past de door mij verdedigde benadering goed bij de overwegingen van de Hoge Raad in het arrest Staleman/Van de Ven met betrekking tot de omstandigheden van het geval die bepalen of in een bepaald geval plaats is voor een ernstig verwijt te maken aan de bestuurder. Tot de in aanmerking te nemen omstandigheden noemt de Hoge Raad ook de taakverdeling binnen het bestuur.⁴⁶ Zo’n in aanmerking te nemen omstandigheid van de taakverdeling laat ruimte voor zowel het verweer dat de bestuurder geen verantwoordelijkheid draagt voor een besluit dat in het kader van de taakverdeling door een andere bestuurder zelfstandig is genomen, als voor het betoog dat in geval van een besluit dat door het gezamenlijke bestuur is genomen, er een verschil is tussen de verantwoordelijkheid van de portefeuillehouder die het voorstel aan het bestuur heeft gedaan en die van de andere bestuurders.

⁴⁶ HR 10 januari 1997, NJ 1997, 360, r.o.3.3.1. Kritiek hierop wordt geuit door Maijer in zijn annotatie van het arrest die stelt dat de taakverdeling pas aan de orde kan komen bij de in art. 2:9 BW genoemde disculpatiegrond; zie hiervoor paragraaf 1. Zie eveneens Dortmond, a.w., p. 70-71, die Van Schilfgaarde bekritiseert waar deze laatste stelt dat de in voetnoot 4 aangeduide opvatting van Dortmond door het arrest is achterhaald.

Bijlage 1: Stellingen

prof. mr. J.B. Huizink

1. Het huidige art. 2:9 BW moet zo worden verstaan dat het begrip “werkkring” zich oplost in de algemene in art. 9 verwoorde disculpatiegrond, vgl. art. 2:138 (248) lid 3 BW.
2. Art. 2:9 lid 1 BW (nieuw) is een verbetering: “zijn taak” in plaats van “de hem opgedragen taak”.
3. De woorden “bij of krachtens de wet of de statuten” in art. 2:9 lid 1 BW (nieuw), tweede volzin, moeten ruim worden uitgelegd, vgl. bestuursbesluit, MvT 31 763, nr. 2, p. 8.
4. Art. 2:9 lid 2 lid BW (nieuw), eerste volzin kan geschrapt. Het bestuur is belast met het besturen van de vennootschap, art. 2:129 (239) lid 1 BW.
5. Ernstige verwijtbaarheid van het onbehoorlijke bestuur als toerekeningsmaatstaf bij art. 2:9 BW staat op één lijn met opzet of bewuste roekeloosheid in art. 7:661 lid 1 BW en dient gesteld en zonodig bewezen te worden door de vennootschap.
6. Onder art. 9 lid 2 BW (nieuw), tweede volzin, lijkt het voor een bestuurder makkelijker om zich te disculperen dan onder het huidige art. 2:9 BW (“geen ernstig verwijt”).
7. For arguments sake: het uitgangspunt van hoofdelijkheid (aansprakelijkheid voor het geheel) moet worden ingeruild voor vennootschap ten aanzien van elke afzonderlijke bestuurder te bewijzen opzet of bewuste roekeloosheid.
8. Het voorgaande sluit aan bij de convergentie – nu nog in termen van ernstig verwijt – van de toerekeningsmaatstaf van art. 2:9 BW (intern) en art. 6:162 BW (extern).
9. Een vraagpunt is of tegen deze achtergrond art. 2:138 (248) BW eveneens aanpassing behoeft.
Voorstel:
“ Tot de taak van een bestuurders behoren alle bestuurstaken die niet bij of krachtens de wet of de statuten aan een of meer andere bestuurders zijn toebedeeld. Indien de bestuurder in de vervulling van zijn taak schade toebrengt aan de vennootschap is hij slechts aansprakelijk als de schade een gevolg is van zijn opzet of bewuste roekeloosheid.”
10. Bestuurders zullen blij zijn met dit voorstel.

Bijlage 2: Stellingen

prof. mr. G.T.M.J. Raaijmakers

1. De werking van de collegialiteit van het bestuur (en de RvC) gaat over de kwaliteit van besluitvorming. Daarvoor is in de afgelopen jaren te weinig aandacht geweest.
2. Het is opmerkelijk dat in de nieuwe tekst van art. 2:9 de collectieve verantwoordelijkheid groter lijkt te worden, terwijl de collectieve aansprakelijkheid kleiner wordt.
3. In plaats daarvan zou duidelijker moeten zijn wat precies onder collectieve verantwoordelijkheid valt en wat individueel mag zijn, en daar zou de aansprakelijkheidsregeling op moeten aansluiten.
4. Daar past toerekening van “individuele besluiten” ex art. 2:129a lid 3 (nieuw) aan het collectief niet in.
5. Daarnaast moet duidelijker worden wat collectieve verantwoordelijkheid in de praktijk inhoudt.
6. Voor handelingen van bestuurders die onder de collegiale verantwoordelijkheid vallen, geldt een actieve monitoringplicht van de overige bestuursleden, zo nodig vooraf.
7. Voor handelingen die niet onder de collegiale verantwoordelijkheid vallen (omdat ze tot de individuele taken behoren), geldt een passieve monitoringplicht, in beginsel achteraf.
8. Bestuurders moeten echter steeds alert zijn op signalen en daar naar handelen, ongeacht hoe de verdeling van taken en verantwoordelijkheden precies is.
9. De wet is niet de plaats om nader uit te werken wat “collegiaal bestuur” in de praktijk precies betekent. De toelichting bij het wetsvoorstel is dat wel. En verder zou een separate best practice-regel geformuleerd moeten worden in de Code Corporate Governance.
10. Stakeholders zullen blij zijn met dit voorstel.

Bijlage 3: Wetteksten en parlementaire geschiedenis (selectie)

Artikel 9 (Geldend)

Elke bestuurder is tegenover de rechtspersoon gehouden tot een behoorlijke vervulling van de hem opgedragen taak. Indien het een aangelegenheid betreft die tot de werkkring van twee of meer bestuurders behoort, is ieder van hen voor het geheel aansprakelijk terzake van een tekortkoming, tenzij deze niet aan hem is te wijten en hij niet nalatig is geweest in het treffen van maatregelen om de gevolgen daarvan af te wenden.

Artikel 9 (Wetsvoorstel 31 763)

1. Elke bestuurder is tegenover de rechtspersoon gehouden tot een behoorlijke vervulling van zijn taak. Tot de taak van de bestuurder behoren alle bestuurstaken die niet bij of krachtens de wet of de statuten aan een of meer andere bestuurders zijn toebedeeld.
2. Elke bestuurder draagt verantwoordelijkheid voor de algemene gang van zaken. Hij is voor het geheel aansprakelijk terzake van onbehoorlijk bestuur, tenzij hem mede gelet op de aan anderen toebedeelde taken geen ernstig verwijt kan worden gemaakt en hij niet nalatig is geweest in het treffen van maatregelen om de gevolgen van onbehoorlijk bestuur af te wenden.

Artikel 129a/239a (Wetsvoorstel 31 763)

1. Bij de statuten kan worden bepaald dat de bestuurstaken worden verdeeld over één of meer niet uitvoerende bestuurders en één of meer uitvoerende bestuurders. De taak om toezicht te houden op de taakuitoefening door bestuurders kan niet door een taakverdeling worden ontnomen aan niet uitvoerende bestuurders. Het voorzitterschap van het bestuur, het doen van voordrachten voor benoeming van een bestuurder en het vaststellen van de bezoldiging van uitvoerende bestuurders kan niet aan een uitvoerende bestuurder worden toebedeeld. Niet uitvoerende bestuurders zijn natuurlijke personen.
2. De uitvoerende bestuurders nemen niet deel aan de besluitvorming over het vaststellen van de bezoldiging van uitvoerende bestuurders.
3. Bij of krachtens de statuten kan worden bepaald dat een of meer bestuurders rechtsgeldig kunnen besluiten omtrent zaken die tot zijn respectievelijk hun taak behoren. Bepaling krachtens de statuten geschiedt schriftelijk.

Selectie Parlementaire geschiedenis, wetsvoorstel 31 763 Wijziging van boek 2 van het Burgerlijk Wetboek in verband met de aanpassing van regels over bestuur en toezicht in naamloze en besloten vennootschappen

Memorie van Toelichting
(..)

Artikel 9

De bestuurderstaak is voor alle rechtspersonen neergelegd in artikel 2:9 BW. Het artikel bevat in de huidige formulering een zekere mogelijkheid om binnen het bestuur tot een werkverdeling over te gaan. In de voormalige departementale richtlijnen 1986 voor de – inmiddels afgeschafte – beoordeling van ontwerpstatuten ter fine van verkrijging van een verklaring van geen bezwaar werd aangegeven dat een bestuurder speciaal belast mag worden met bepaalde bestuurswerkzaamheden, mits alle bestuurders aan de besluitvorming binnen het bestuur kunnen meewerken. Mede gelet op het gebruik van het begrip «werkkring» is niet steeds duidelijk geweest hoever een verdeling mag reiken, of deze zover mag gaan dat bestuurstaken aan één bestuurder worden toebedeeld, en wat de precieze gevolgen zijn van een taakverdeling voor besluitvorming, verantwoordelijkheid en aansprakelijkheid. De introductie in de wet van een monistisch systeem voor kapitaalvennootschappen noopt tot precisering van artikel 2:9 BW.

Het nieuw geformuleerde lid 1 bepaalt dat tot de taken van de bestuurder behoren alle bestuurstaken die niet aan een andere bestuurder zijn toebedeeld.

Voor een negatieve formulering is gekozen om te voorkomen dat taken bij de taakverdeling tussen wal en schip vallen omdat zij niet uitdrukkelijk zijn toegedeeld. De omvang van de taak van de bestuurder hangt dus mede af van de toedeling aan zijn medebestuurders. Vindt toedeling aan een bestuurder plaats, dan krijgt die desbetreffende bestuurder er niet een nieuwe taak bij (de taak behoorde al tot zijn takenpakket), maar weet hij dat deze taak door de taakverdeling valt buiten het takenpakket van de andere bestuurders. Taken die niet zijn toebedeeld, rusten op alle bestuurders, derhalve op zowel de niet uitvoerende als de uitvoerende bestuurders. Omdat de taakverdeling, voor zover al niet uit de wet kenbaar (vgl. artikel 2:129a/239a lid 1 BW), bij of krachtens de statuten wordt vastgelegd, bestaat veel vrijheid om tot een taakverdeling te komen en kan elke bestuurder hiervan ook eenvoudig kennisnemen. Met de invoering van de mogelijkheid om een taakverdeling te maken, wordt het begrip «werkkring» overbodig. Dat begrip is in de literatuur verschillend uitgelegd in die zin dat aan het toedelen van werk op basis van deze regeling door sommigen wel en anderen geen gevolgen worden verbonden voor de aansprakelijkheid van de overige bestuurders voor zaken die tot de «werkkring» van een van hen behoorden. Men zie hierover o.a. Dortmond, De werkkring van Van Schilfgaarde en het monisme, in: A-T-D, Deventer 2000, op p. 69, en de daar genoemde literatuur. De termen taak en taakverdeling passen ook beter bij hedendaagse opvattingen over inrichting en beheer van rechtspersonen. Het artikel bepaalt voor iedere bestuurder van iedere rechtspersoon de gevolgen van die taakverdeling en heeft daarmee een overkoepelend karakter ten opzichte van de uitwerking in bijvoorbeeld artikel 2:129/239 BW voor de NV en BV.

(..)

De taakverdeling kan bij of krachtens de statuten geschieden. Door opneming van het begrip «krachtens» wordt aangegeven dat zo'n taakverdeling ook bij reglement tot stand mag komen. Dat voorkomt dat een aanpassing – bijvoorbeeld bij het aantreden van een nieuwe bestuurder – noopt tot een statutenwijziging, die vooral bij vennootschappen met een verspreid kapitaalbezit of verenigingen met vele leden een kostbare aangelegenheid kan zijn. Ook een bestuursbesluit kan grondslag zijn voor een verdere taakverdeling.

Van oudsher maakt het rechtspersonenrecht onderscheid tussen gezamenlijke verantwoordelijkheid en individuele aansprakelijkheid. Een taakverdeling brengt in de gezamenlijke verantwoordelijkheid geen wijziging. Iedere bestuurder blijft verantwoordelijk voor de taakuitoefening door het bestuur en voor de besluiten die door het orgaan worden genomen.

Bestuurders die niet met de dagelijkse gang van zaken zijn belast, nemen evenzeer deel aan de besluitvorming over onderwerpen die de dagelijkse gang van zaken betreffen. Een andere verantwoordelijkheidsverdeling zou ook op gespannen voet staan met de Aanbeveling van de Europese Commissie over bestuur en toezicht, waarover hierna meer, en richtlijn 2006/46/EG van 14 juni 2006 van het Europees Parlement en de Raad (PbEG L 224/1 van 16 augustus 2006) over de collectieve verantwoordelijkheid van de leden van het bestuurs-, leidinggevend en toezichthoudend orgaan voor het opstellen en openbaarmaken van de jaarrekening, de overige gegevens en het jaarverslag. Artikel 2:9 lid 2 BW legt vast dat een bestuurder verantwoordelijkheid draagt voor de algemene gang van zaken. Deze door artikel 14 lid 3 van de Antilliaanse Landsverordening geïnspireerde tekst was tot op heden niet in de wet opgenomen. Verantwoordelijkheid is de opmaat voor de regeling van de aansprakelijkheid.

Het beginsel van collectief bestuur leidt ertoe dat alle bestuurders hoofdelijk aansprakelijk zijn voor onbehoorlijk bestuur, ook als een kwestie tot de taak van een bepaalde bestuurder behoorde. Er bestaat wel de mogelijkheid tot individuele disculpatie. Disculpatie is mogelijk wanneer een bestuurder – mede gelet op de taakverdeling – geen ernstig verwijt kan worden gemaakt en hij daarnaast niet nalatig is geweest in het treffen van maatregelen om de gevolgen van onbehoorlijk bestuur af te wenden. Wanneer een bestuurder waarneemt dat een mede-bestuurder zijn taken niet goed vervult en daardoor onbehoorlijk bestuur dreigt, zal die bestuurder moeten ingrijpen om beroep te kunnen blijven doen op de disculpatiegrond, ook wanneer de desbetreffende taak slechts aan de mede-bestuurder is toebedeeld. De huidige wettekst laat enige twijfel toe over de vraag of een bestuurder die kan aantonen dat een aangelegenheid niet tot zijn werkkring behoorde, bevrijd is, waarna men niet meer toekomt aan de vraag of hij maatregelen had moeten treffen om het onheil af te wenden, zij het dat de collectieve verantwoordelijkheid van het bestuur een rol blijft spelen. (...) In de nieuwe tekst verzekert het woord «en» in het tweede lid dat de taakverdeling én de eventuele nalatigheid van de bestuurder om maatregelen te treffen, beide worden getoetst. Ik verkies dit uitgangspunt boven een wettelijk vastgelegde algemene uitsluiting van aansprakelijkheid op basis van een (te) vergaande taakverdeling, die aan de grondslag van de collectieve verantwoordelijkheid zou afdoen. Om te onderstrepen dat de verdeling van de taken niet afdoet aan de collectieve verantwoordelijkheid, maar wel gevolgen kan hebben voor de individuele aansprakelijkheid, is de «tenzij» constructie in de huidige tekst verlaten en de aansprakelijkheid in een afzonderlijke zin geregeld.

In de rechtspraak wordt bij de beoordeling van de individuele aansprakelijkheid al rekening gehouden met een taakverdeling. De formulering van lid 2 sluit aan bij de in de rechtspraak

gebruikte terminologie. Veel geciteerd is het arrest van de Hoge Raad van 10 januari 1997 inzake Staleman/van der Ven (NJ 1997, 360 met nt. Ma.), waarin is uitgemaakt dat voor aansprakelijkheid op de voet van artikel 2:9 BW is vereist dat de bestuurder een ernstig verwijt kan worden gemaakt. Of dat zo is, moet worden beoordeeld aan de hand van alle omstandigheden van het geval, aldus de Hoge Raad. De bestuurder die wordt aangesproken, zal moeten aantonen dat een aangelegenheid niet tot zijn taak als bedoeld in artikel 2:9 lid 2 BW behoorde. Ook moet hij aantonen dat hij niet nalatig is geweest in het treffen van maatregelen om de gevolgen van het handelen of nalaten door de andere bestuurder, wiens taak het wel betrof, af te wenden. Is sprake van een vennootschap met een al dan niet op grond van Europese regels ingestelde audit commissie, dan zal de informatiepositie van een bestuurder of commissaris die geen deel uitmaakt van zo'n commissie bijvoorbeeld verschillen van degene die daar op grond van zijn bijzondere expertise wel zitting in heeft genomen. De bestuurder of commissaris die geen deel uitmaakt van de audit commissie zal zich tot op zekere hoogte mogen laten leiden door de bevindingen van de commissie. Artikel 2:9 lid 2 BW werkt door naar de aansprakelijkheid van commissarissen via artikel 2:149/259 BW. Het criterium «ernstig verwijt» wordt eveneens gebruikt ter toetsing van de aansprakelijkheid van een bestuurder jegens derden, derhalve niet op grond van artikel 2:9 BW maar doorgaans uit onrechtmatige daad. Als voorbeeld van een dergelijk ernstig verwijt is door de Hoge Raad genoemd dat vast komt te staan dat de bestuurder wist of redelijkerwijze had behoren te begrijpen dat de door hem bewerkstelligde of toegelaten handelwijze van de vennootschap tot gevolg zou hebben dat deze haar verplichtingen niet zou nakomen en ook geen verhaal zou bieden voor de als gevolg daarvan optredende schade. Er kunnen zich, aldus de Hoge Raad, echter ook andere omstandigheden voordoen op grond waarvan een ernstig persoonlijk verwijt kan worden aangenomen (HR 8 december 2006, NJ 2006, 659).

De grenzen van de aansprakelijkheid van de bestuurder hebben de laatste jaren veel aandacht getrokken, ook, zij het niet rechtstreeks, in het kader van enquêteprocedures waar het beleid en de gang van zaken in de rechtspersoon aan de orde is. In de beschikking inzake Laurus (HR 8 april 2005, JOR 2005/119) spreekt de Hoge Raad over «een taakvervulling die niet in overeenstemming is met de wijze waarop een redelijk bekwame en redelijk handelende functionaris de taak in de gegeven omstandigheden had behoren te vervullen». In het verlengde daarvan wordt met enige regelmaat de vraag gesteld of de aansprakelijkheidsmaatstaf zoals uitgewerkt in Staleman/van der Ven en meer nog Laurus er toe kan leiden dat het oordeel achteraf wordt beïnvloed door de wetenschap rond het resultaat van de bestreden gedraging of beslissing, terwijl die beslissing gegeven de omstandigheden op het moment van de besluitvorming zelf milder zou worden beoordeeld. Voorop moet blijven staan dat de vraag of sprake is van onbehoorlijk bestuur moet worden beantwoord naar het moment waarop de betreffende handelingen werden verricht.

Ten slotte: ondernemen is en blijft risico lopen. Van bestuurders kan niet worden verwacht dat zij uitsluitend handelen in die situaties waarin de te nemen stap al op alle mogelijke manieren is onderzocht, doorgerekend, van accountantsverklaringen voorzien en in schema's gevat. Er moet ruimte blijven voor creativiteit, vernuft en durf. De samenleving is niet gediend met regelgeving die ondernemers stimuleert om telkens de voorkeur te geven aan risicomijdende beslissingen met weinig economisch voordeel. Een andere opstelling zou ook haaks staan op het streven van dit kabinet naar een vitale en innovatieve economie waarin bijvoorbeeld de overstap van werknemerschap naar zelfstandig ondernemerschap wordt gestimuleerd.

Een grens wordt echter bereikt wanneer onverantwoordelijke risico's worden genomen; dan bestaat aansprakelijkheidsrisico voor bestuurders.

Het voorgaande laat voorts onverlet dat er reden kan zijn om vanwege publieke belangenbehartiging aanvullende eisen aan bestuurders in bijvoorbeeld de gezondheidszorg te stellen. Bestuurders dragen een belangrijke maatschappelijke verantwoordelijkheid om tekortkomingen in hun functie vervulling binnen de rechtspersoon te voorkomen. Daarvan kan in bepaalde sectoren van de samenleving eerder sprake zijn dan in andere, niet alleen vanwege de gevolgen voor de desbetreffende rechtspersoon maar ook vanwege de daaruit mogelijkerwijs voortvloeiende effecten voor het functioneren van die sectoren. De Minister en de Staatssecretaris van Volksgezondheid, Welzijn en Sport hebben het voornemen om voor bestuurders in de gezondheidszorg een aanvullende norm voor bestuurdersaansprakelijkheid te formuleren in de sectorspecifieke wetgeving vanwege het belang van de publieke belangenbehartiging en de omstandigheid dat in de zorg veel publiek geld omgaat. Dit voornemen wordt separaat van het onderhavige wetsvoorstel nader uitgewerkt.

(..)

Artikel 129a/239a

In het voorgestelde lid 1 is bepaald dat binnen één bestuursorgaan een taakverdeling kan worden gemaakt. Zo kunnen een of meer bestuurders zich in het bijzonder bezig houden met de dagelijkse leiding van de vennootschap en de daarmee verbonden onderneming. Deze bestuurders worden aangeduid als «uitvoerend bestuurder». Bestuurders aan wie geen specifieke uitvoerende taken zijn opgedragen, hebben als hoofdtaak het algemeen besturen. Deze bestuurders worden aangeduid als «niet uitvoerend bestuurder». Taken die niet specifiek aan individuele bestuurders zijn toebedeeld, vallen toe aan het bestuur als geheel, dat wil zeggen aan zowel de niet uitvoerende als de uitvoerende bestuurders. Deze opzet voorkomt dat onbenoemde taken tussen wal en schip kunnen vallen. Een taakverdeling en het vormen van een uitvoerend bestuur laten onverlet dat de verantwoordelijkheid, ook voor de taakuitoefening door uitvoerende bestuurders, blijft berusten bij het bestuur. Men vergelijkte Asser/Maeijer 2-III, nr. 347 op p. 457. Overigens kunnen bestuurders – naar Antilliaans en Engels voorbeeld – bij de uitoefening van hun taak worden bijgestaan door andere functionarissen die uitvoerende taken verrichten, maar die andere functionarissen zijn daarmee nog geen lid van het bestuur.

Voor de term «uitvoerende» bestuurders is gekozen omdat hiermee het beste wordt omschreven wat deze bestuurders vooral doen. Zij zijn belast met specifiek omschreven taken. Voor de aanduiding «niet uitvoerend bestuurder» is gekozen omdat in de consultatie over het voorontwerp door vele respondenten is aangevoerd dat zij menen dat die terminologie beter herkenbaar is dan de aanduiding «algemeen bestuurder». Er is niet gekozen voor de aanduiding «toezichthoudend bestuurder» omdat de taken van de niet uitvoerende bestuurders meer omvatten dan advisering en toezicht houden in de bij ons tot op heden bekende zin. De bestuursleden die belast zijn met algemene bestuurstaken zullen meer dan de commissarissen actief betrokken zijn bij het algemene beleid van de vennootschap. Zij nemen immers deel aan en zijn direct verantwoordelijk voor de besluitvorming over de algemene beleidslijnen.

Gelijk aan de regeling voor commissarissen (artikel 2:140/250 BW) en de regeling voor niet uitvoerende bestuurders in een Europese naamloze vennootschap met een monistisch

bestuurssysteem (artikel 14 Uitvoeringswet verordening Europese naamloze vennootschap) is bepaald dat de niet uitvoerende bestuurders natuurlijke personen moeten zijn. Rechtspersonen kunnen wel tot uitvoerend bestuurder worden benoemd.

Het voorgestelde lid 1 bevat ter uitwerking van de algemene regel over taakverdeling een opsomming van taken die zijn voorbehouden aan de niet uitvoerende bestuurders. Die taken kunnen niet kunnen worden toegedeeld aan de uitvoerende bestuurders. Zo kunnen de uitvoerende bestuurders niet worden belast met de taak om de bezoldiging van uitvoerende bestuurders vast te stellen. Ook kan de taak om toezicht te houden op de taakuitoefening van een niet uitvoerende of uitvoerende bestuurder niet aan een bepaalde bestuurder worden toegedeeld. Het gaat hier om werkzaamheden die in een duaal systeem typisch zijn neergelegd bij de commissarissen en nauw aansluiten bij toezicht en advies, alsmede om taken die gelet op een mogelijk belangenconflict niet uitsluitend mogen worden toegekend aan een of meer uitvoerende bestuurders. Bij de omschrijving is rekening gehouden met de taakomschrijving van de commissarissen, de wordingsgeschiedenis van artikel 2:135 BW en de hierna te bespreken Aanbeveling van de Europese Commissie over niet-uitvoerende bestuurders en commissarissen van 15 februari 2005. Alle andere bestuurstaken kunnen desgewenst worden toebedeeld aan de uitvoerende bestuurders.

Binnen het bestuur kunnen commissies worden gevormd die bepaalde voorbereidende werkzaamheden toebedeeld krijgen. Bekend zijn de remuneratiecommissie, de audit commissie en de benoemingscommissie. Deze commissies worden ook in de Aanbeveling van de Europese Commissie over niet-uitvoerende bestuurders en commissarissen van 15 februari 2005 (Pb EG L 52 van 25 februari 2005, hierna: de Aanbeveling) genoemd. De Europese Commissie beveelt nadrukkelijk de oprichting van dergelijke commissies aan en bepleit dat zij in meerderheid worden gevuld door bestuurders die geen rechtstreeks belang hebben bij de uitkomst van het bestuursbesluit. Artikel 41 van richtlijn 2006/43/EG van het Europees Parlement en de Raad van 17 mei 2006 (PbEG L 157 van 9 juni 2006) neemt het hebben van een audit commissie tot uitgangspunt voor «organisaties van openbaar belang», in Nederland nader aangeduid als naamloze vennootschappen, kredietinstellingen en verzekeringsmaatschappijen (vgl. Stb. 2008, 323). Het gaat in beide Europese instrumenten om werkzaamheden waar de betrokkenheid van niet-uitvoerende bestuurders/commissarissen van cruciaal belang wordt geacht. In dat verband merk ik nog op dat de enkele deelname aan een commissie niet tot gevolg heeft dat de desbetreffende bestuurder kwalificeert als een uitvoerend bestuurder.

De Nederlandse Corporate Governance Code bevat in afdeling III.5 bepalingen over de samenstelling van commissies. In sommige landen laat de regelgeving ruimte voor het opnemen van bepaalde deskundigen, niet zijnde bestuurders in de zin van *mutatis mutandis* boek 2 BW, in een commissie. Het toevoegen aan de commissie van deskundigen die geen bestuurder zijn, acht ik niet bezwaarlijk nu een commissie niet zelfstandig kan besluiten en haar werkzaamheden het bestuur niet ontslaan van de verplichting om het aangeboden werk te beoordelen en wel of niet tot het zijne te maken ter vervulling van zijn bestuurstaak. In een dualistisch stelsel kent elk orgaan een eigen voorzitter, die doorgaans bekend staan als de voorzitter van de raad van bestuur respectievelijk de voorzitter van de raad van commissarissen. In een monistisch systeem is er één orgaan en dus ook één bestuursvoorzitter. Formeel kan ook de bestuurder die de leiding heeft over het uitvoerende bestuur, en in het Anglo-Amerikaanse spraakgebruik wordt aangeduid als Chief Executive Officer ofwel CEO, deze positie vervullen. Onder meer door de Tweede Kamer is gevraagd of het de voorkeur verdient wettelijk vast

te leggen dat de bestuurder die leiding geeft aan de (commissie van) uitvoerende bestuurders niet tevens de voorzitter van het algemene bestuur kan zijn. Men zie Kamerstukken II, 2005–2006, 29 752, nr. 4. De eerdergenoemde Aanbeveling van de Europese Commissie legt in artikel 3.2 de nadruk op het bereiken van een objectief toezicht. De Aanbeveling noemt een scheiding van de beide functies als mogelijkheid, maar laat toe dat de beide functies wel door één persoon worden vervuld. In dat geval wordt de oplossing gezocht in informatieverstopping over voorzorgsmaatregelen die moeten voorkomen dat het toezicht niet (langer) objectief is, lees: dat een bestuurder zijn eigen werk moet beoordelen. In het Verenigd Koninkrijk, waar men de meeste ervaring heeft met deze figuur, bepaalt de Combined Code on corporate governance dat de chairman in beginsel niet tevens de taken van de CEO op zich behoort te nemen. Men vergelijk principe A.2 in de Combined Code. Dat sluit ook aan bij de Franse wetwijziging van 2001 waar de figuur van de président-directeur général is aangepast. Men zie Art. L 225–51 Code du Commerce en Cozian, Viandier en Deboissy, *Droit des Sociétés*, 14e druk 2001, nr. 625 e.v.. Achtergrond is in beide landen dat het verenigen van beide functies in één persoon het onderscheid vertroebelt tussen het uitvoerende bestuur dat is gericht op het leiden van het bedrijf dat door de rechtspersoon in stand wordt gehouden en het bestuur van de vennootschap en de daarmee verbonden onderneming. Korte termijn prestaties kunnen zo de overhand krijgen ten detrimente van lange termijn doelstellingen en rechtspersonenrechtelijke overwegingen. Voor Nederland heeft de commissie corporate governance code in paragraaf III. 8 als uitgangspunt gehanteerd dat de voorzitter van het bestuur van een beursvennootschap niet tevens uitvoerende bestuurstaken heeft of heeft gehad. De algemene maatregel van bestuur van 23 december 2004 (Stb. 2004, 747) bepaalt dat beursvennootschappen dit uitgangspunt moeten naleven of uitleggen waarom zij daarvan afwijken.

In het belang van een goed toezicht wordt in het onderhavige wetsvoorstel bepaald dat aan een uitvoerende bestuurder niet de taak van voorzitter van het bestuur kan worden opgedragen. Artikel 25 WOR brengt met zich dat de ondernemingsraad advies kan uitbrengen over wijzigingen van bevoegdheden in de vennootschap, mits deze ook doorwerkt in de onderneming. Dat geldt ook voor een statutenwijziging op grond van lid 1.

Het tweede lid van artikel 2:129a/239a BW ligt in het verlengde van de algemene regeling betreffende tegenstrijdig belang in artikel 2:129/239 BW. Waar uit het eerste lid van artikel 2:129a/239a BW naar voren komt dat bepaalde taken niet aan de uitvoerende bestuurders kunnen worden toegedeeld, volgt uit het tweede lid dat de uitvoerende bestuurders ook niet kunnen deelnemen aan de besluitvorming over de bezoldiging van de uitvoerende bestuurders alsmede de besluitvorming in het kader van het toezicht op bestuurders. De uitvoerende bestuurders worden in die gevallen geacht een tegenstrijdig belang te hebben. De wet gaat uit van besluitvorming door het bestuur. Zonder nadere wettelijke regeling kunnen met een bepaalde taak belaste leden van het bestuur niet zelfstandig besluiten nemen die als bestuursbesluiten hebben te gelden. Lid 3 brengt deze mogelijkheid aan door uitdrukkelijk te bepalen dat door het bestuur aan bestuurders bevoegdheden kunnen worden toegekend, die zij alleen of samen kunnen uitoefenen. In dat geval wordt een besluit over bepaalde onderwerpen, dat door een of meer bestuurders is genomen, toegerekend aan het bestuur. De figuur brengt met zich dat hun besluit geldt als een besluit van het bestuur. Met deze uitwerking wordt in een praktische behoefte voorzien. Alle bestuursleden dienen zich te realiseren dat ondanks deze toerekening hun gezamenlijke verantwoordelijkheid voor het besluit volledig in stand blijft. Het ligt voor de hand dat zij zich regelmatig op de hoogte stellen van de wijze waarop door

bestuurders met deze bevoegdheid wordt omgegaan. Desgewenst kan in de statuten worden bepaald op welke wijze aan de informatiebehoefte van andere bestuurders tegemoet dient te worden gekomen. De vraag van de aansprakelijkheid lost zich op via artikel 2:9 lid 3 BW.

De besluitvorming van dit artikellid moet worden onderscheiden van de vertegenwoordigingsbevoegdheid. Zo kan een vennootschap worden gebonden door een vertegenwoordigingshandeling van een bestuurder, ook al was intern niet aan de vereisten van bijvoorbeeld goedkeuring door het bestuur voldaan. Naar Nederlands recht vertegenwoordigen bestuurders de vennootschap. Zij kunnen de vennootschap binden. De bevoegdheid van bestuurders terzake is onbeperkt en onvoorwaardelijk, voor zover uit de wet niet anders voortvloeit. Commissarissen vertegenwoordigen de vennootschap in beginsel niet. De eerste EU vennootschapsrichtlijn hanteert als uitgangspunt dat derden mogen vertrouwen op de wettelijke vertegenwoordigingsregeling en van hen niet gevergd kan worden dat zij zich verdiepen in statutaire beperkingen. Op grond van artikel 2:130/240 lid 1 BW zullen naast het bestuur alle bestuurders zelfstandig de vennootschap kunnen binden, ook indien zij niet belast zijn met de dagelijkse leiding. Indien de vennootschap een andere vertegenwoordigingsregeling wenst, kan in de statuten worden opgenomen dat bepaalde bestuurders, of bestuurders aan wie bepaalde taken toevallen, de vennootschap slechts met medewerking van anderen kunnen binden.

Nota n.a.v. Verslag (TK)

In verband met de vraag van de leden van de CDA-fractie of een veranderd takenpakket voor commissarissen leidt tot een verzwaring van hun aansprakelijkheidsrisico, is een nuancering noodzakelijk. Het wetsvoorstel leidt niet tot een verandering van het takenpakket van commissarissen in een dualistisch bestuursmodel. Dientengevolge is er ook geen veranderd aansprakelijkheidsrisico voor commissarissen. Ik veronderstel daarom dat de vraag betrekking heeft op het takenpakket van niet uitvoerende bestuurders in verhouding tot het takenpakket van commissarissen. De taken van de niet uitvoerende bestuurders zijn meeromvattend dan het houden van toezicht en advisering in de tot op heden bekende zin. De niet uitvoerende bestuurders dragen bestuursverantwoordelijkheid. Zij zijn meer dan commissarissen actief betrokken bij het algemene beleid van de vennootschap; zij zijn betrokken bij de besluitvorming van het bestuur over – en zijn verantwoordelijk voor – de algemene beleidslijnen. Voor alle bestuurders en commissarissen geldt dat zij moeten ingrijpen wanneer zij op de hoogte raken van onbehoorlijk bestuur van een bestuurder, maar bestuurders in een monistisch bestuur zijn ook collectief verantwoordelijk voor het bestuursbeleid. In het geval van onbehoorlijk bestuur moet een bestuurder en commissaris zijn best doen om maatregelen te treffen om de gevolgen daarvan af te wenden. Doet hij dat niet, dan riskeert hij aansprakelijkheid (artikel 2:9 lid 2 BW jo. artikel 2:149/259 BW). Verondersteld mag worden dat de niet uitvoerende bestuurders vaak eerder en meer informatie over (de consequenties) van het bestuursbeleid ontvangen dan commissarissen. Vanuit de gedachte dat kennis over misstanden verplicht tot ingrijpen, kan een uitvoerend bestuurder onder omstandigheden inderdaad eerder aansprakelijk zijn dan de commissaris met een meer beperkte taak in het dualistische bestuursstelsel. Of in een specifiek geval aansprakelijkheid optreedt, hangt af van de omstandigheden van het geval. Aansprakelijkheid treedt niet op tenzij de bestuurder een ernstig verwijt kan worden gemaakt, aldus artikel 2:9 lid 2 BW in navolging van de jurisprudentie van de Hoge Raad.

Ik meen dat de bestuurder die een dergelijke bevoegdheid heeft gekregen, zijn medebestuurders binnen een redelijke termijn moet informeren over aldus genomen besluiten (vgl. artikel 2:8 BW). Een wettelijk te bepalen informatieplicht is naar mijn mening niet noodzakelijk. Overigens ligt het ook op de weg van de medebestuurders dat zij periodiek informeren of besluiten zijn genomen op grond van artikel 2:129a/239a lid 3 BW.

Voorlopig verslag VCvJ Eerste Kamer

(..)

3. Aansprakelijkheid bestuurders

De formulering van het voorgestelde artikel 2:9 BW, tweede lid, roept nog enkele vragen op bij de leden van de CDA-fractie. De tekst van dit tweede lid luidt dat een bestuurder voor het geheel aansprakelijk is voor onbehoorlijk bestuur, tenzij hem, mede gelet op de aan anderen toebedeelde taken, geen ernstig verwijt kan worden gemaakt en hij niet nalatig is geweest in het treffen van maatregelen om de gevolgen van onbehoorlijk bestuur af te wenden. Brengt deze formulering mee dat er indien een aangelegenheid krachtens een statutaire taakverdeling behoort tot het takenpakket van twee of meer bestuurders, ten aanzien van elk van de bestuurders moet worden aangetoond dat er sprake is van een ernstig verwijt? De alternatieve benadering is immers dat een ernstig verwijt ten aanzien van één van hen volstaat om aansprakelijkheid aan te nemen van de anderen, tenzij een of meer van deze laatsten zich op overmacht kunnen beroepen. Als de regering van mening is dat de betrokken bestuurders elk persoonlijk een ernstig verwijt moet worden gemaakt, hoe verhoudt dit zich dan met het beginsel van de hoofdelijke aansprakelijkheid ter zake van aangelegenheden die tot hun takenpakket behoren? Als de regering van mening is dat voldoende is dat ten aanzien van één van de bedoelde bestuurders sprake is van een ernstig verwijt om aansprakelijkheid van de anderen aan te nemen, is de regering dan van mening dat dit voldoende duidelijk uit de tekst blijkt?

In de formulering van het voorgestelde artikel 2:9 wordt tot uitdrukking gebracht dat een bestuurder in beginsel aansprakelijk is voor onbehoorlijk bestuur ten aanzien van een aangelegenheid die niet behoort tot het takenpakket van een bestuurder. Het doet gewrongen aan dat een bestuurder verantwoordelijkheid draagt voor onbehoorlijk bestuur op een terrein dat buiten zijn takenpakket valt en, zoals bij toepassing van artikel 129a (239a) lid 3 uit de wet blijkt, buiten zijn bevoegdheid ligt. Dit ligt anders indien voor de desbetreffende bestuurder slechts aansprakelijkheid dreigt indien hij wist of behoorde te weten van de onbehoorlijke taakvervulling en hij desondanks geen maatregelen heeft getroffen om de nadelige gevolgen daarvan af te wenden, zoals wordt gesuggereerd in de memorie van toelichting en de nota naar aanleiding van het verslag. Kan de regering aan deze leden bevestigen dat het inderdaad de strekking is van de voorgestelde regeling, dat de niet met de desbetreffende taak belaste bestuurders slechts aansprakelijk kunnen worden gesteld, indien zij wisten of behoorden te weten van de onbehoorlijke taakvervulling en zij desondanks geen maatregelen hebben getroffen om de nadelige gevolgen daarvan af te wenden? Geldt dit ook voor aansprakelijkheid wegens belastingschulden van de vennootschap?

(..)

6. Taakverdeling

De regering merkt op dat het nieuw voorgestelde artikel 2:9 BW meebrengt dat de taken die zijn toebedeeld aan een of meer bestuurders, buiten het takenpakket van de overige bestuurders vallen. Kan de regering bevestigen dat in het geval dat een statutaire taakverdeling is gemaakt, een bestuurder in de interne verhoudingen niet bevoegd is aangelegenheden die niet tot zijn takenpakket behoren aan zich te trekken? De vraag komt op bij de leden van de **CDA**-fractie omdat in de nota naar aanleiding van het verslag is opgemerkt dat een bestuurder de aangelegenheden die niet tot zijn takenpakket behoren, niet behoeft te vervullen, hetgeen suggereert dat hij dat desgewenst wel zal kunnen. Ook voor de praktijk is duidelijkheid op dit punt wenselijk.

Deze leden stellen vast dat de regering in de memorie van toelichting stelt dat een taakverdeling kan worden vastgelegd in de statuten, een reglement of een (bestuurs)besluit, maar dat zij steeds een statutaire basis behoeft. Bedoelt de regering hiermee te zeggen dat een taakverdeling overeengekomen binnen het bestuur zonder statutaire basis, niet is toegestaan? Wat is de status van een dergelijke niet op de statuten berustende taakverdeling?

In de memorie van toelichting bij de voorgestelde wijziging van artikel 2:9 BW stelt de regering dat verantwoordelijkheid de opmaat is voor aansprakelijkheid.

De regering voegt daaraan toe dat de voorgestelde regeling meebrengt dat een taakverdeling, waaronder kennelijk ook een statutaire taakverdeling, in de gezamenlijke verantwoordelijkheid geen wijziging brengt. Kan de regering dit nader toelichten en daarbij met name ingaan op het antwoord op de vraag wat dan de betekenis is van een (statutaire) taakverdeling? Als een (statutaire) taakverdeling geen wijziging brengt in de gezamenlijke verantwoordelijkheid dan zou een taakverdeling immers ook geen effect hebben op ieders aansprakelijkheid. Kan de regering toelichten of en zo ja welk effect een statutaire respectievelijk een niet-statutaire taakverdeling heeft op de verantwoordelijkheid van een bestuurder voor aangelegenheden die buiten zijn takenpakket liggen? Hoe verhoudt overigens de voorgestelde regeling zich tot de bestaande jurisprudentie over taakverdeling?

Deze leden constateren dat de regering in de memorie van toelichting stelt dat op de bestuurders, die van de uitoefening van bepaalde bestuurstaken zijn uitgesloten, de verplichting rust om periodiek te informeren naar de taakuitoefening door de andere bestuurders. Is de regering van mening dat bestuurders als regel een ernstig verwijt kan worden gemaakt ter zake van onbehoorlijk bestuur gelegen buiten hun takenpakket, indien door hen is verzuimd periodiek relevante informatie van de betrokken uitvoerende bestuurder(s) te vragen?

In het zojuist genoemde lid 3 van art. 129a BW (239a) wordt gesproken over het kunnen besluiten door een of meer bestuurders over bepaalde zaken. De strekking van deze bepaling is niet volledig duidelijk volgens deze leden. Volgens de memorie van toelichting¹ maakt deze bepaling mogelijk dat bijvoorbeeld één bestuurder zelfstandig een besluit neemt dat als bestuursbesluit heeft te gelden. De bepaling staat in het artikel over de «one tier board» maar beperkt zich niet tot die figuur. Betekent dit dat zij algemeen geldt, dus ook voor een bestuurder volgens de thans geldende systemen? Voor die systemen is dan sprake van een nieuwe bepaling. Heeft dit tot gevolg dat door dit wetsvoorstel in algemene zin komt vast te staan dat afzonderlijke bestuurders binnen hun taakgebied geen «besluit» kunnen nemen wanneer de statuten *niet* een regeling als bedoeld in lid 3 bevatten? Dat zou dan iets nieuws zijn. Of betekent het alleen dat in een dergelijk geval dat besluit niet als een besluit van het

bestuur kan gelden, maar wel als een besluit van de bestuurder als zodanig? Kan overigens een bestuursbesluit ook rechtsgeldig bestaan uit een enkele notulering daarvan? Hoe staat het dan met de ondertekening? Denkbaar is toch dat een bestuursbesluit via e-mailwisseling buiten vergadering wordt genomen?

Toegepast op de «one tier board» lijkt het derde lid van art. 129a BW (239a) vooral van belang voor «besluiten» binnen het taakgebied van de uitvoerende bestuurders. Een nauwkeurige omschrijving van die taak geeft art. 129a BW (239a) niet, maar de term «uitvoerende bestuurder» geeft een niet te miskennen indicatie. Binnen dit taakgebied zullen regelmatig besluiten moeten worden genomen. Zoals hierboven werd gesuggereerd kan een dergelijke gang van zaken worden geïnstitutionaliseerd en gereguleerd. Moet lid 3 nu zo worden begrepen dat dit alleen rechtsgeldig kan geschieden als de statuten dit mogelijk maken? Deze leden vragen zich af hoe het systeem dan kan functioneren als de statuten niet een dergelijke bepaling bevatten? Of moet opnieuw lid 3 zo worden begrepen dat zonder een statutaire regeling als bedoeld, het besluit niet als een besluit van het bestuur als zodanig kan gelden, maar alleen als een besluit van de gezamenlijke uitvoerende bestuurders (als zodanig)? Ook hierbij geldt weer de vraag wat de verhouding is tot een dergelijk besluit en de artikelen 2: 14, 2: 15 en 2:16 BW.

(...)

Kan de minister in het bijzonder ingaan op de vraag of de aansprakelijkheidspositie van de niet met het dagelijks bestuur belaste bestuurders naar huidig recht verschilt van hun aansprakelijkheidspositie naar komend recht?

